This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

L. Rom. C. 28 e. Property 2

Roman
635
M 725

COURS

DE

DROIT ROMAIN APPROFONDI

PAR J. P. MOLITOR

DE L'IMPRIMERIE DE CRAPELET

RUE DE VAUGIRARD, 9

LA

POSSESSION

LA REVENDICATION, LA PUBLICIENNE ET LES SERVITUDES

EN DROIT ROMAIN

AVEC LES RAPPORTS ENTRE LA LÉGISLATION ROMAINE
ET LE DROIT ROMAIN

COURS PROFESSÉ A L'UNIVERSITÉ DE GAND

PAR

J. P. MOLITOR

ET PUBLIÉ SUR LES MANUSCRITS DE L'AUTEUR, APRÈS SA MORT

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE
RUE DES GRÈS, N° 5.

1852

LA POSSESSION

ET LES ACTIONS POSSESSOIRES.

DÉFINITION ET NATURE DE LA POSSESSION.

Sommaire.

1. Importance du traité de M. de Savigny. — Plan à suivre.
2. Système de M. de Savigny sur la notion fondamentale, la nature et les effets de la possession.
3. Suite.
4. De la valeur des mots : *civilis possessio, naturalis possessio; civiliter possidere, naturaliter possidere; civiliter non possidere*, ainsi que des mots *possessio, possidere*, employés sans qualification aucune.
5. Suite. — Erreurs commises par les auteurs. — Résumé.
6. D'une signification particulière des mots : *naturalis possessio*, et du sens des mots *corporalis possessio*.
7. Nature et notion fondamentale de la possession. — Critique de la doctrine de M. de Savigny.
8. Suite.
9. Suite. — Espèces diverses de la possession, et effets attachés à chacune d'elles.
10. Réponse à quelques arguments de M. de Savigny touchant la nature de la possession.
11. Si la possession est un droit, à quelle classe de droits appartient-elle?

1. Avant l'apparition du savant traité de M. de Savigny, dont la première édition fut publiée en 1803 et la sixième en 1837 (1), une confusion extrême régnait dans la matière de la possession en droit romain. Des jurisconsultes de mérite avaient même pensé

(1) Une traduction française en a paru en Belgique sous le titre : *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, par Fr.-Ch. de Savigny, traduit de l'allemand, sur la 6e édition, par J. Beving, avocat. — Bruxelles, 1840.

que les difficultés étaient insurmontables, et ils n'avaient pas hésité à les attribuer à des divergences d'opinion qui auraient existé entre les jurisconsultes romains eux-mêmes. Les contradictions que l'on croyait rencontrer dans les textes, n'avaient cependant pour cause que l'ignorance où l'on était de la vraie signification des mots *possessio, civilis possessio, naturalis possessio,* dont l'interprétation arbitraire a été la source d'erreurs sans nombre. Dans l'ouvrage de M. de Savigny, la possession est devenue l'objet d'une révision générale. Bien des erreurs ont été redressées, des points obscurs éclairés, et, ce qui seul aurait suffi à la réputation de ce traité, la terminologie des jurisconsultes romains a été définitivement fixée avec ce tact et cette sagacité auxquels on reconnaît le jurisconsulte consommé dans l'étude et l'intelligence des textes.

Toutefois, il nous semble que M. de Savigny a été moins heureux dans ce que l'on peut appeler la partie systématique de son ouvrage. Aussi la notion qu'il a assignée comme fondement à la possession, la manière dont il a déterminé la nature et les effets de celle-ci, ont été l'objet de critiques sérieuses de la part d'auteurs distingués, parmi lesquels nous citerons Hufeland (1), Zachariæ (2), Gans (3), Thibaut (4) et Thon (5). Quoi qu'il en soit de ces critiques, le système de M. de Savigny forme dans la plupart des manuels, la base de la doctrine. Toutefois, divers auteurs l'ont diversément modifié. Cet état de choses déjà, mais le mérite de l'ouvrage de M. de Savigny surtout, nous obligent d'accorder à sa théorie une attention particulière. Aussi, pour tout ce qui a rapport à la notion de la possession, à sa nature, à ses effets, nous nous ferons un devoir de présenter un exposé succinct mais fidèle de son système,

(1) G. Hufeland, *Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz,* dans la seconde partie de son ouvrage qui a pour titre : *Ueber den eigenthümlichen Geist des Roemischen Rechts.* — Giessen, 1816, in-8°.

(2) Th.-M. Zachariæ, *Neue Revision der Théorie des Roemischen Rechts vom Besitz.* Leipzig, 1824, in-8°.

(3) Gans, *System des Roemischen Civilrechts im Grundrisse.* Berlin, 1827, p. 202-216.

(4) Thibaut, *Ueber possessio civilis,* dans l'*Archiv für civil. Praxis,* XVIII, p. 315, 364 (1835).

(5) Thon, *Ueber civilis und naturalis Possessio,* dans le *Rhein. Museum,* tome IV, p. 95-141 (1830).

que nous serons parfois obligé de combattre. Et si sur ces points nous sortons des limites ordinaires de nos explications, il est à remarquer que plus tard nous suivrons une marche d'autant plus rapide que nous posséderons mieux les notions fondamentales.

Si la théorie de la possession est encore plus ou moins controversée en droit romain, elle ne l'est pas moins en droit moderne; et bien que le droit germanique forme la base de notre système sur la matière, cependant le droit romain a aussi exercé sur ce système sa part d'influence. C'est là une autre considération qui doit nous engager à attacher de l'importance aux notions fondamentales du droit romain sur la possession. Ce n'est qu'après avoir bien établi celles-ci, que nous pourrons exposer les analogies et les différences que présentent les deux législations.

2. La possibilité physique d'agir sur une chose à l'exclusion de toute autre personne, telle est, selon M. de Savigny, l'idée fondamentale, telle est la notion que l'on trouve au fond de toutes les définitions de la possession. M. de Savigny l'appelle détention.

Cette possibilité est un état de choses qui gît tout entier en fait; elle est *de facto* ce que la propriété est *de jure*. Et si le droit romain n'avait attaché certains effets à la possession, dont le fait de la détention est l'élément fondamental, il ne saurait même être question d'une théorie de la possession, tout se réduisant à dire : le propriétaire a le droit de posséder, le *jus possidendi*, nul autre n'a ce droit si ce n'est celui qui le tient du propriétaire.

Mais le droit romain a établi une théorie de la possession, comme il a établi une théorie de la propriété. Il a déterminé de quelle manière la possession s'acquiert et se perd; il ne la considère pas seulement comme effet d'un droit, du droit de propriété, du droit d'obligation; mais il y a attaché certains effets juridiques, certains droits (*jus possessionis*), et il l'envisage par conséquent aussi comme la condition de ces droits.

C'est sous ce dernier rapport seulement, comme *jus possessionis*, que la possession est susceptible d'être l'objet d'une théorie spéciale. Comme *jus possidendi*, elle est une partie intégrante du droit de propriété.

Par cela seul que nous avons nommé les effets juridiques de la

possession, nous ayons passé de la notion de la simple détention, à celle de la possession juridique, dit M. de Savigny. Ce sont ces effets qui donnent à la détention le caractère juridique de la possession. D'après cela, la théorie de la possession embrasse deux parties principales.

La première partie a pour objet de déterminer la nature de la possession, la place qu'elle doit occuper dans le système de la législation romaine, et les droits que la loi romaine y a attachés. Enfin cette partie se trouve complétée, dans le système de M. de Savigny, par l'explication du sens que les jurisconsultes romains ont attaché à ces mots : *possessio, — civilis possessio, — naturalis possessio.* Car comme la possession pouvait produire, en droit romain, des effets différents, comme elle a été envisagée sous divers rapports, on a employé aussi pour distinguer ces rapports, des expressions différentes, qui sont en quelque sorte techniques.

La seconde partie de l'ouvrage de M. de Savigny a pour objet de déterminer la condition à laquelle le droit romain attache des effets à la possession, condition qui consiste dans l'*animus possidendi;* ensuite, d'établir la manière dont la possession est acquise et perdue, et enfin d'expliquer l'origine des actions possessoires et les règles qui les gouvernent.

Nous nous bornerons à suivre M. de Savigny dans l'analyse de la première partie.

Après s'être occupé au § 1, de la détention, de cette notion qu'il appelle fondamentale en matière de possession, après avoir tracé le plan de son ouvrage, l'auteur s'occupe au § 2 des effets qui transforment la simple détention, non pas en droit, car il ne veut pas reconnaître à la possession le caractère d'un droit, mais en possession juridique, c'est-à-dire en possession qui est la condition de certains droits. Or ici, à l'encontre de ses prédécesseurs qui avaient singulièrement étendu les droits attachés à la possession au point que l'un d'eux en avait, à ce qu'il paraît, grossi le nombre jusqu'à soixante-douze, M. de Savigny pose en fait que tous les effets de la possession se réduisent à deux, savoir: l'usucapion, et les interdits ou actions possessoires.

L'usucapion, dit-il, repose sur la loi des XII Tables. En vertu

de cette loi, la possession seule, indépendamment de tout droit, est la cause et la condition de la propriété, *pourvu que la possession ait commencé d'une manière spécialement déterminée.* Mais cela n'empêche pas que la possession ne reste placée dans la catégorie des simples faits. Ce qui est dit de l'usucapion, comme effet de la possession, doit s'appliquer aussi à la *longi temporis possessio,* et même à la prescription de trente ans, si toutefois la possession a été acquise avec bonne foi; de sorte que le mot *usucapio* s'applique aux prescriptions de trois, de dix et de trente ans, et qu'il faut considérer la possession comme cause et condition de toute prescription acquisitive.

Le deuxième effet de la possession consiste dans les interdits *retinendae* et *recuperandae possessionis.* Ici M. de Savigny, afin de montrer que la protection accordée par le préteur à la possession n'est pas la sanction d'un droit renfermé dans la possession même, raisonne comme suit :

La possession n'étant pas un droit par elle-même, il en résulte que le trouble qui y est apporté, n'est pas la violation d'un droit, et qu'il ne peut le devenir que lorsqu'il viole *un autre droit* en même temps que la possession. Or, c'est ce qui a lieu lorsque le trouble ou la spoliation a lieu par violence, car toute voie de fait est une infraction au droit, et c'est cette infraction qui est vengée par l'interdit.

Tous les interdits possessoires présupposent donc un acte illégal dans la forme. Il n'y a même aucun doute à cet égard quand il s'agit de l'*interdictum unde vi;* et au point de vue du droit romain il en est de même des autres interdits possessoires. Ainsi l'*interdictum de precario,* n'est fondé ni sur le contrat, ni sur un meilleur droit de posséder, invoqué par le demandeur; il repose uniquement sur ce que c'est une infraction au droit que d'abuser de la volonté, de la bienveillance même, de celui qui a fait la concession.

Suivant M. de Savigny, le propriétaire seul a le *jus possidendi,* le droit de détenir la chose et de la revendiquer s'il ne la détient pas; le possesseur n'a pas le *jus possidendi,* il n'a aucun droit à détenir la chose, seulement *il a le droit de prétendre qu'on ne lui*

fasse pas violence; donc si quelqu'un contrevient à cette prohibition, et si la violence est dirigée contre la possession, le possesseur peut recourir aux interdits, et ainsi *la possession est la condition des interdits, sans qu'elle soit un droit en elle-même.*

Cela posé, M. de Savigny prend à tâche de prouver, aux §§ 3 et 4, que l'usucapion et les interdits sont les seuls effets de la possession.

L'acquisition de la propriété par l'occupation, et la transmission de la propriété par la tradition, se présentent d'abord. Elles sont, M. de Savigny en convient en quelque sorte, des effets de la possession; mais il fait remarquer que ce n'est pas la possession, comme état permanent, qui est la cause de l'acquisition de la propriété, puisque la possession elle-même n'est commencée que dès le moment où la propriété est acquise; dans ces cas la possession n'est qu'un *mode d'acquérir la propriété,* et aucun autre effet spécial ne s'y rattache.

Quant à l'action publicienne, qui protège la possession lorsqu'elle réunit les conditions requises pour l'usucapion et la *longi temporis possessio,* M. de Savigny fait remarquer que si l'*usucapio,* l'acquisition de la propriété de la chose principale, est une suite de la possession, il en est autrement de l'action publicienne qui est plutôt l'effet d'une présomption légale en vertu de laquelle le possesseur qui a bonne foi et juste titre est considéré comme propriétaire.

Il en est de même de l'acquisition des fruits, *fructuum perceptio;* elle repose sur la même présomption, et elle n'est, suivant M. de Savigny, autre chose qu'une propriété publicienne.

C'est ainsi que ce jurisconsulte conteste à la possession le droit de fonder la propriété par voie d'occupation, de la transmettre par voie de tradition, et assigne à l'action publicienne et à la *fructuum perceptio* des causes autres que la possession.

Quant à la règle : *in pari causa melior est conditio possidentis,* quant à la défense naturelle de la possession *cum moderamine inculpatae tutelae,* quant au droit de rétention qui dans certains cas est aussi un des priviléges de la possession, M. de Savigny conteste tous ces effets à la possession, en disant qu'ils sont des

conséquences de principes plus généraux, et il allègue pour raison que ces priviléges peuvent être invoqués non seulement par le possesseur, mais encore par le *détenteur*. Et nous remarquerons qu'il qualifie également de détention, et la possibilité physique de disposer d'une chose, et la possession pour autrui.

3. M. de Savigny ayant ainsi réduit à deux les effets attribués à la possession, se livre, au § 5, à l'examen de la nature de la possession, et se demande :

1° Si la possession est un fait ou un droit;

2° Au cas où elle est un droit, à quelle classe de droits elle appartient; en d'autres termes, s'il faut la qualifier de droit réel ou de droit personnel.

A la première question il répond qu'il résulte évidemment de la notion originaire et fondamentale de la possession qu'elle est un fait; il ajoute qu'il est tout aussi évident qu'à ce fait sont attachés des effets juridiques, qu'il suit donc de là que la possession est tout à la fois un fait et un droit, un fait dans son essence, un droit dans ses effets.

La possession est un fait, dit M. de Savigny, car elle est indépendante des règles auxquelles le droit civil et le droit des gens ont soumis l'acquisition et la perte des droits (1). Ainsi la possession peut être acquise ou perdue par la violence; ainsi encore la nullité d'un acte, par exemple de la donation qui dépasse 500 *solidi*, et qui est nulle pour défaut d'insinuation, n'empêche pas la possession d'être transmise. C'est ainsi enfin qu'il n'y a pas de transport de la possession proprement dit, en ce sens qu'aucun possesseur ne peut être considéré comme successeur de son dévancier, mais que tout possesseur commence une possession nouvelle.

Toutefois, pour rencontrer les textes où il est dit que la possession est non seulement *corporis*, mais *juris*, comme dit la L. 49, § 1, D. XLI, 2 (2), M. de Savigny ajoute que s'il est démontré que la possession en principe est *res facti*, il faut cependant admettre des exceptions pour des cas où il a été jugé nécessaire,

(1) Il cite les L. 1, § 3, D. XLI, 2, — L. 19, D. IV, 6, — L. 33, D. XLI, 1.
(2) Comp. L. 2, D. XLIII, 17.

soit d'accorder les droits de la possession là où ce fait n'existe pas, soit de les refuser là où il existe, cas auxquels s'appliquent les règles : *Qui dolo desiit possidere pro possessore habetur; — qui liti se obtulit perindè ac si possideret, pro possessore habetur* (1).

Donc, conclut M. de Savigny, la possession est à la fois un fait et un droit : un fait dans son essence, un droit à cause de ses effets et des modifications qui y ont été apportées par la loi.

Passant (§ 6) à la deuxième question, qui est de savoir dans quelle catégorie de droits il faut ranger la possession, M. de Savigny fait remarquer que cette question ne peut se présenter qu'eu égard aux actions possessoires; car, pour ce qui est de l'usucapion, la possession n'en est qu'une partie, de même que la *justa causa* n'est qu'une partie de la tradition qui transfère la propriété. Or, s'il est absurde de demander à quelle espèce de droits appartient la *justa causa,* il ne le serait pas moins de vouloir déterminer à quelle espèce de droits appartient la possession, en tant qu'elle n'est qu'un des éléments de l'usucapion et en général de toute prescription acquisitive.

La question ne se présente donc que par rapport aux interdits. Or, comme les interdits naissent d'obligations *ex maleficiis,* ils doivent être rangés parmi les obligations *ex delictis.* A l'appui de son opinion, M. de Savigny cite la L. 1, § 3, D. XLIII, 1, où il est dit : *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*

Quant à la possession elle-même, elle n'est que la condition requise pour l'exercice des interdits; elle n'est pas un droit, donc elle ne peut appartenir à aucune classe spéciale de droits.

Tel est, en résumé, le système de M. de Savigny sur la notion fondamentale, la nature et les effets de la possession.

4. Avant de discuter les questions que ce système a soulevées, nous avons à expliquer la terminologie des jurisconsultes romains, et à fixer la valeur des mots : *possessio, — civilis possessio, — naturalis possessio, — civiliter possidere, — civiliter non possidere,* etc.

(1) Voyez des détails intéressants dans A.-J. Cuperus, *Observationes selectae de naturâ possessionis.* Lugd. Batav. (1789), p. 1, ch. 6.

M. de Savigny fait remarquer d'abord que les mots *naturalis possessio* lorsqu'ils sont opposés à une autre espèce de possession, ont une signification négative qui est plus ou moins étendue suivant qu'ils sont opposés à : *civilis possessio,* ou au seul mot *possessio,* employé sans autre qualification.

Il faut donc avant tout déterminer la signification des mots *civilis possessio,* et établir après cela le premier sens des mots *naturalis possessio,* le sens qu'ils ont lorsqu'ils sont opposés à *civilis possessio.*

Civilis possessio, de même que *civilis cognatio, civilis obligatio,* veut dire que le précepte de droit qui sanctionne et régit une institution, ne dérive ni du *jus gentium,* ni du droit prétorien, mais d'une loi, d'un sénatusconsulte, ou d'anciennes coutumes. Par conséquent il est déjà démontré que les mots *civilis possessio* ne peuvent pas s'appliquer à la possession qui n'a pour effet que les interdits possessoires, attendu que les interdits sont d'origine prétorienne. Les mots *civilis possessio* ne peuvent donc s'appliquer qu'à la possession qui réunit les conditions requises pour l'usucapion, et par conséquent les mots *naturalis possessio, naturaliter possidere,* opposés aux mots *civilis possessio, civiliter possidere,* signifient toute possession autre que celle *ad usucapionem,* soit *possessio ad interdicta* avec l'*animus sibi possidendi,* soit détention avec l'*animus alii possidendi* ou possession à titre de locataire, de commodataire, etc.

Cette démonstration, tirée de la signification des mots *civilis possessio,* est confirmée :

1° Par la L. 3, § 15, D. X, 4. — Dans cette loi les mots *naturaliter incumbere possessioni,* opposés à *civiliter incumbere possessioni,* désignent toute possession qui n'est pas civile, tant celle qui donne les interdits, que celle qui ne les donne pas; car ces mots *naturaliter incumbere,* d'après le § 5 de la L. 3, et d'après la L. 4, D. X, 4, s'appliquent tant au créancier gagiste qui a les interdits (1), qu'à ceux qui ne possèdent pas pour eux-mêmes, qui n'ont pas l'*animus sibi possidendi,* tels que le dépositaire, le

(1) L. 16, D. XVI, 3.

commodataire, le locataire, et qui par conséquent n'ont pas les interdits.

2° Par la L. 1, §§ 9 et 10, D. XLIII, 16. — Dans cette loi les mots *naturaliter possidere* sont encore opposés à *civiliter possidere* et s'appliquent de même à la possession *ad interdicta*. Il s'agit de savoir si la femme qui a reçu une donation de son mari, a les interdits possessoires, et le jurisconsulte répond qu'elle les a, quoique du reste il résulte des L. 26, D. XXIV, 1, et L. 1, § 2, D. XLI, 6, qu'elle ne possède pas *ad usucapionem*.

Par conséquent il est établi que les mots *civilis possessio* et les expressions analogues, signifient la possession *ad usucapionem*, et que les mots *naturalis possessio* opposés à *civilis*, s'appliquent tant à la possession prétorienne ou *ad interdicta*, qu'à la possession de celui qui possède pour autrui, comme le commodataire, le locataire, le dépositaire.

Après cela M. de Savigny recherche la signification des mots *possessio, possidere*, employés purement et simplement, sans qualification quelconque.

Nous venons de voir, et notamment par la L. 26, D. XXIV, 1, que la femme qui a reçu une donation de son mari, ne possède pas *civiliter*, qu'elle a cependant les interdits possessoires (1). A la L. 1, § 4, D. XLI, 2, et à la L. 1, § 2, D. XLI, 6, cette possession *ad interdicta*, est désignée simplement par les mots *possidere, possessio* (2). Or, si l'on compare avec ces deux lois, la L. 9, D. VI, 1, on admettra que les mots *possessio, possidere, possessor*, employés purement et simplement, se rapportent aux actions possessoires, aux interdits, chaque fois que dans un texte il s'agit de savoir si l'on possède ou non, chaque fois que la possession est mise en question (3).

Hors ces cas, ces mots sont encore susceptibles d'autres significations, sur lesquelles il n'y a cependant pas moyen de se tromper; c'est ainsi que le mot *possessiones* sert quelquefois à désigner la propriété des immeubles, comme à la L. 78, D. L, 16, et la

(1) L. 1, §§ 9 et 10, D. XLIII, 16.

(2) Voyez aussi la L. 1, § 23, D. XLIII, 16.

(3) Comp. Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 235, notes 12, 13 et 14.

propriété prétorienne, comme dans l'expression *bonorum possessio*. C'est ainsi encore que le mot *possessor* sert à désigner le rôle de la défense dans les actions revendicatoires, parmi lesquelles il faut compter aussi l'*hereditatis petitio*, et le *judicium de liberali causa*, c'est-à-dire la revendication de la liberté (1).

Le sens du mot *possessio*, qu'on peut traduire par possession proprement dite, étant fixé, il en résulte une nouvelle signification pour les mots *naturalis possessio, naturaliter possidere, detinere;* car ces mots sont aussi quelquefois opposés à *possessio, possidere*, et dans ces cas ils signifient la détention de celui qui possède pour autrui, qui a l'*animus non sibi, sed alii possidendi*, tels que le dépositaire, le locataire, le commodataire, ou la détention de celui que le préteur envoie en possession *ex primo decreto*, soit *damni infecti causa*, soit pour lui garantir le payement de ses créances. Ainsi à la L. 24, D. XLI, 2, la possession du maître qui possède par l'esclave est qualifiée par le mot *possidere*, celle de l'esclave qui possède au nom du maître par les mots *naturaliter tenere* (2).

Ces mots *naturalis possessio, naturaliter possidere, tenere*, désignent donc ici une possession qui ne donne pas même les interdits possessoires mais qui n'est cependant pas sans effets, comme nous le verrons plus loin; et dans ce sens ils sont synonymes de *tenere, in possessionem mitti, esse in possessione, nempè in possessione alius*, ou bien *alienae possessioni praestare ministerium* (3).

Il nous reste à faire une observation sur les mots *civiliter non possidere*. *Civiliter possidere* veut dire, comme nous l'avons vu plus haut, *possidere ad usucapionem*. Toutefois les mots *civiliter non possidere* n'expriment pas toujours la négation de *possidere ad usucapionem*, car la négation peut se rapporter aux effets de la possession, ou à son fondement, à ce qui nous rend apte à posséder. Si la négation se rapporte aux effets de la possession, il résulte de ce qui précède, que les mots *civiliter non possidere*, veulent dire

(1) L. 9, D. VI, 1. — L. 16, § 4, et L. 10, D. V, 3. — L. 3, D. VII, 6. — L. 1, § 7, D. XL, 12.

(2) Voir aussi L. 12, D. XLI, 2.

(3) C'est ce que prouvent les L. 9, D. VI, 1; — L. 3, § 8, D. XLIII, 17; — L. 7, D. XXXIX, 2; — L. 10, § 1, D. XLI, 2.

non possidere ad usucapionem, puisque l'usucapion est l'effet civil de la possession. Si la négation se rapporte au fondement de la possession, à l'aptitude qu'on a de posséder, cela veut dire que le droit civil dénie à une personne la faculté de posséder pour soi. Ainsi l'esclave ne peut posséder pour lui, en vertu du droit civil, parce qu'il manque de la qualité de personne. C'est dans ce sens que les mots *civiliter non possidere* sont employés à la L. 38, §§ 7 et 8, D. XLV, 1, où la faculté de stipuler : *possidere mihi licere,* est déniée à l'esclave.

5. C'est par ces recherches et ces explications aussi ingénieuses que fondées, que M. de Savigny est parvenu à fixer la terminologie dans un sujet où régnait autrefois une confusion qui paraissait inextricable. En effet, les uns appelaient *possessio civilis,* la possession accompagnée de tous les effets de la possession en général, même la possession du propriétaire, aussi bien que celle qui conduit à l'usucapion, et qualifiaient de *possessio naturalis,* non pas toute autre possession, mais seulement celle qui peut donner lieu aux interdits. Cujas (1), Scipion Gentilis (2), Pothier (3), ont suivi ce système, fondé dans la notion qu'il attache aux mots *possessio civilis,* mais erroné dans la signification qu'il attribue à *possessio naturalis.*

D'autres se sont trompés sur la signification de *possessio civilis,* en y comprenant, avec la possession *ad usucapionem,* celle *ad interdicta;* d'où il suit que le sens qu'ils ont donné à la *naturalis possessio,* est évidemment trop étroit. C'est l'erreur que commettent entre autres Cuperus (4) et Thibaut (5).

M. de Savigny seul est parvenu à tout concilier par son interprétation, qui peut se résumer dans les propositions suivantes :

1° *Civilis possessio* veut dire *possessio ad usucapionem;* et *possessio naturalis,* opposé à *civilis possessio,* signifie toute autre possession, celle qui donne les interdits comme celle qui ne les donne

(1) *Observ.*, Liv. IX, ch. 33 (1569).

(2) *De Donat. inter virum et uxorem,* L. 2, ch. 30 (Opp. IV, p. 297).

(3) *Pandect. Justin.*, Lib. XLI, Tit. 2, et *Traité de la Possession,* ch. 1, art. 2.

(4) *Observationes selectae de natura possessionis* (1789), p. 1, ch. 3 et 4.

(5) *Bemerkungen über possessio civilis und naturalis,* à la fin de l'édition qu'il a donné de Cuperus. Jena, 1804.

pas, celle avec l'*animus sibi possidendi*, comme celle accompagnée de l'*animus non sibi sed alii possidendi*.

2° Quant à *possessio* simplement, ou *possessio proprie sic dicta*, il faut admettre que toutes les fois que dans quelque texte l'existence de la possession est mise en question, ces mots veulent dire *possidere ad interdicta, cum animo sibi possidendi*, quoique d'ailleurs *possessio* signifie aussi la propriété des immeubles (1), ou la possession prétorienne comme dans les mots *bonorum possessio*, et qu'il serve aussi à désigner le rôle du défendeur dans les actions revendicatoires, dans la *rei vindicatio*, dans la *petitio hereditatis*, dans le *judicium de liberali causâ*. Les mots *naturalis possessio, naturaliter detinere*, opposés à la *possessio proprie sic dicta* indiquent la possession qui ne donne pas les interdits, la possession au nom d'autrui, et alors ces mots sont synonymes de *tenere, in possessione esse, in possessionem mitti*.

3° Les mots *civiliter non possidere* veulent dire ne pas posséder *ad usucapionem;* ils signifient aussi ne pas être apte à posséder pour soi, et cela suivant qu'il s'agit des effets ou de la cause de la possession.

6. A ces propositions, qui résument les interprétations de M. de Savigny concernant la terminologie des jurisconsultes romains, nous avons à ajouter quelques observations sur une signification particulière des mots *naturalis possessio*.

D'abord nous ferons remarquer qu'à la L. 1, § 1, D. XLI, 2, les mots *naturalis possessio* sont employés pour désigner une possession originaire, la possession de la *res nullius*, qui est le commencement de toute propriété. Et revenant aux deux significations indiquées plus haut, que nous a fait connaître M. de Savigny, nous disons qu'il en existe encore une troisième. Nous avons vu que si ces mots sont opposés à *civilis possessio*, il faut y comprendre et la possession *ad interdicta* avec l'*animus sibi possidendi*, et la possession non qualifiée par les *interdicta* avec l'*animus non sibi sed alii possidendi;* et que s'ils sont opposés à la *possessio proprie sic dicta*, ils ont une signification plus étroite, et

(1) L. 78, D. L, 16.

désignent la simple détention de celui qui possède pour autrui, comme le commodataire, le locataire, le dépositaire, etc. Mais ces mots sont encore employés dans un troisième sens, pour désigner un rapport purement physique et extérieur entre la personne et la chose, un rapport auquel manque toute intention, toute volonté de posséder pour soi ou pour autrui. Dans ce cas ils sont employés par opposition à l'*animus possidendi,* de même que dans les cas précédents ils le sont par opposition à la *civilis possessio,* et à la *possessio proprie sic dicta.*

Dans ce troisième sens nous rencontrons les mots *naturalis possessio* à la L. 3, § 3, D. XLI, 2, où il s'agit d'un propriétaire qui a dans son fonds un objet caché dont il ignore l'existence, et que par conséquent il ne possède pas, parce qu'il ne saurait avoir l'*animus,* objet qu'il ne possède, suivant l'opinion de Paul, que lorsqu'il en a connaissance, lorsqu'il a l'*animus possidendi,* et que cet *animus* a été réalisé par l'appréhension.

Dans le même sens, par opposition à l'*animus,* nous rencontrons plus souvent dans les textes les mots *corporalis possessio, corpore rem attingere, corpore in fundo esse,* qui désignent plus clairement un rapport purement extérieur, purement corporel, sans *animus.* Ainsi à la L. 1, § 3, D. XLI, 2, où Paul dénie la faculté d'acquérir la possession par lui-même, au pupille, lorsque celui-ci est trop jeune pour être capable de l'*animus,* nous trouvons les mots *corpore rem contingere* pour montrer que malgré le contact corporel il n'y a pas possession, à cause de l'absence de l'*animus,* et le jurisconsulte se sert de cette comparaison : *veluti si quis dormienti aliquid in manu ponat.*

Pareillement Javolenus, à la L. 24, D. XLI, 2, après avoir déclaré que le maître ne possède pas l'objet dont à son insu l'esclave s'est emparé par violence, s'exprime en ces termes : *ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed justam potest acquirere.* La *corporalis possessio* est évidemment ici une possession à laquelle manque toute espèce d'*animus;* en effet l'esclave ne peut *jure civili* posséder pour lui, il est incapable de l'*animus sibi possidendi : civiliter possidere non potest,* dit la L. 38, §§ 7 et 8, D. XLV, 1. Et d'un autre côté, l'esclave ne peut à l'insu du maî-

tre acquérir pour celui-ci par violence, car le maître n'est jamais présumé avoir l'*animus possidendi* lorsque la possession est *injusta*, bien qu'il soit supposé l'avoir lorsque la possession a une *justa causa* et se rapporte au pécule, dans les limites duquel le maître est censé avoir donné à l'esclave le pouvoir d'acquérir et même celui d'aliéner à titre onéreux.

Enfin à la L. 41, D. XLI, 2, les mots *corpore in fundo esse*, servent encore à désigner le fait de la personne qui entre dans les propriétés d'un ami, sans aucune intention de posséder.

7. Après l'exposé de ces notions préliminaires, sans lesquelles l'intelligence et la discussion des textes eussent été impossibles, nous passons à l'examen de la doctrine de M. de Savigny sur la notion fondamentale, la nature et les effets de la possession.

Cette doctrine, comme nous l'avons vu plus haut, se résume dans ces trois points :

La possibilité physique d'agir sur une chose, à l'exclusion de toute autre personne, telle est la notion qui sert de fondement à la possession.

Cette possibilité, c'est-à-dire la notion fondamentale de la possession, gît tout entière en fait. La possession n'est donc qu'un fait dans son essence; elle n'est un droit qu'eu égard à ses effets, qui sont l'usucapion et les interdits; et de la sorte elle est un fait et un droit tout à la fois.

Les seuls effets attribués à la possession sont l'usucapion et les interdits possessoires.

Nous aurons à examiner successivement chacune de ces trois propositions.

Si la notion fondamentale et essentielle de la possession, consistait dans la possibilité physique d'agir sur une chose à l'exclusion de toute autre personne, il est évident que la possession ne serait qu'un fait dans son essence, et dès lors on devrait admettre aussi que ce ne sont que les effets attachés par la loi à ce fait qui en font quelque chose de juridique, qui transforment en rapport juridique le rapport originairement factice de la personne avec la chose. En un mot, la notion que M. de Savigny considère comme fondamentale, une fois admise, on doit en admettre comme con-

séquence la seconde des trois propositions que nous venons d'indiquer, quoique l'on puisse encore contester à plusieurs égards la dernière, celle qui se rapporte aux effets de la possession.

Mais si la notion fondamentale n'est pas celle qu'indique M. de Savigny, si au contraire cette notion implique un élément qui est l'élément général de tout droit, et qui consiste dans la volonté de l'être libre et personnel, il s'ensuivra que M. de Savigny aura méconnu la véritable nature de la possession, et par suite, qu'il en aura en grande partie méconnu les effets.

Qu'est-ce d'abord que cette possibilité physique d'agir sur une chose ou d'en disposer, possibilité que l'auteur considère comme fondamentale en matière de possession?

Nous ferons remarquer que M. de Savigny n'a nullement basé sur un texte quelconque cette notion qu'il prend comme point de départ de toute sa théorie. Eh bien! si nous confrontons cette notion avec les textes, nous trouvons qu'elle n'est rien que l'abstraction que les lois citées au numéro précédent qualifient de *corporalis possessio, corpore rem contingere, corpore in fundo esse.* Mais un tel fait, manquant de volonté, ne saurait être en droit d'aucune considération, et partant il est aussi peu possible d'y trouver l'élément essentiel d'une définition, que de trouver dans le fait du furieux qui touche un objet ou d'une personne qui se rend familièrement sur le fonds ou dans la maison d'un ami (1), l'élément essentiel de la possession. Si cet élément consistait dans la possibilité physique d'agir sur la chose, évidemment la possession existerait chez toutes ces personnes.

Que si M. de Savigny prétend limiter cet élément essentiel en insistant sur ce que la possibilité physique d'agir sur la chose doit exister à l'exclusion de toute personne, ne sommes-nous pas autorisé à demander alors où cette possibilité exclusive d'agir sur une chose se présentera complète et absolue?

D'où il suit qu'il n'y a rien d'essentiel dans la notion que M. de Savigny considère comme telle. Aussi les lois romaines, loin de venir à l'appui d'une telle notion, protestent contre elle.

(1) L. 1, § 3, et L. 41, D. XLI, 2.

Partout les jurisconsultes romains opposent l'*animus* au *corpore rem attingere*, au rapport extérieur, et dénient toute valeur juridique à ce rapport lorsque l'*animus* fait défaut. *Veluti si quis dormienti aliquid in manu ponat*, dit la L. 1, § 3, D. h. t. (1); — *Non possunt incipere possidere quoniam affectionem tenendi non habent*, dit le même texte; — *Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur*, dit la L. 41, D. h. t., *non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.*

Dans la perte de la possession, l'*animus* est encore mieux caractérisé comme élément spécial; rien ne le prouve comme la L. 25, § 2, h. t. Un possesseur est absent, la possibilité physique d'agir sur la chose peut donc lui être contestée, mais il lui reste l'*animus*, et c'est en ce sens que la loi dit : *quod autem solo animo possidemus;* un autre s'introduit dans le bien de l'absent; de là, question de savoir si cet intrus doit être considéré comme possesseur, ou si l'absent continue néanmoins de posséder : *quaeritur utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod magis probatur) usque eo possideamus donec revertentes nos aliquis repellat : aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspiciemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem; et videtur utilius esse.* Il est évident par ce texte que tout dépend de l'*animus*, car la réponse à la question est, que l'absent possède jusqu'à ce qu'il ait abandonné l'*animus*, soit qu'il ait cédé à la violence, soit qu'il ait cédé à la crainte d'être repoussé.

Ce n'est pas à dire que l'*animus* seul puisse nous faire acquérir la possession; pour l'acquérir il faut l'*animus* et le *corpus*, les textes le décident clairement. Lorsque les lois romaines mentionnent le *corpus* comme élément essentiel de la possession, elles n'entendent pas seulement par *corpus* la possibilité physique d'agir sur la chose, le *corpus* est le *corpus animi*, il est plus qu'une possibilité, il est la réalisation de la volonté de l'homme. En effet on peut avoir l'*animus possidendi*, on peut avoir la possibilité physi-

(1) Nous désignerons désormais par D. h. t. (*hoc titulo*) le titre du Digeste qui traite spécialement de la possession (Liv. XLI, Tit. 2, *de acquirenda vel amittenda possessione*).

que de disposer d'une chose à côté de l'*animus*, sans qu'il y ait cependant possession. Supposons une personne en présence d'un objet quelconque, avec l'*animus possidendi* : le possède-t-elle par cela seul? Non; car avant qu'elle ait réalisé cet *animus*, une autre personne peut s'en emparer.

La possession suppose donc nécessairement une prise de possession qui est plus qu'une possibilité, car elle réalise la volonté de posséder. En d'autres termes, elle suppose l'intention et la détention, non pas la détention dans le sens de possibilité, comme l'enseigne M. de Savigny, non pas une détention accidentelle, mais une détention accompagnée de l'intention de garder. C'est pourquoi Donellus disait avec beaucoup de raison : *Possidere non est corpore rem contingere, sed ita attingere ut affectum tenendi habeas.*

8. Nous trouvons les mêmes éléments dans la définition que la L. 1 pr. D. h. t. nous donne de la possession. *Possessio appellata est a sedibus,* dit cette loi, *quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit, quam Graeci* κατοχην *appellant.* Les mots *naturaliter tenere* supposent d'abord qu'il y a détention corporelle; mais lorsqu'on compare entre eux les mots *possessio, insistere,* κατοχη, et que l'on pénètre dans la signification et dans la synonymie de ces divers termes, il devient évident que la possession, dans la pensée du jurisconsulte Paul, ne suppose pas seulement la détention, mais que son caractère principal consiste dans l'intention de s'établir, *insistere,* dans la volonté de tenir une chose pour la garder, pour la conserver, κατοχη. En effet la particule *po,* qui n'est usitée en latin que jointe à un autre mot, tend à renforcer, comme les particules ποτι, προς, d'où elle dérive, l'action ou l'idée exprimée par le mot principal; de telle sorte que si *sedere* veut dire s'asseoir, *possidere* signifie *sedes ponere, insistere.* En allemand et en flamand la particule *be* dans *sitzen, besitzen, zitten, bezitten, bezitting,* joue le même rôle que *po* en latin. Il en est de même du grec κατοχη. Si εχειν veut dire tenir, avoir, κατεχειν signifie garder, tenir pour garder, de là κατοχη, la préposition κατα ayant aussi pour effet de renforcer la signification du mot principal. Aussi détenir une chose, et vouloir la garder, être en un lieu, *sedere,* et vouloir s'y établir,

sedum positio, voilà ce qui constitue la notion de la possession, voilà le jurisconsulte Paul nous le dit, l'idée fondamentale de toute possession.

C'est d'après cette idée que les jurisconsultes qui ont précédé M. de Savigny ont défini la possession. Nous pourrions en citer plusieurs, mais nous nous contenterons de rapporter la définition de Donellus, qui s'exprime en ces termes : *Erit igitur possessio,* dit ce jurisconsulte, *detentio rei corporalis quae in commercio sit, aliis possessoribus vacuae, cum affectu domini seu dominantis conjuncta* (1). Muhlenbruch reproduit (§ 234) les mêmes éléments, lorsqu'il définit la possession : *Usus rei cum affectu eam sibi habendi.*

Si cependant nous comparons ces deux définitions avec celle de la L. 1 pr. D. h. t., nous trouvons qu'elles manquent de généralité, car, à cause des mots *sibi habendi, cum affectu domini,* elles ne comprennent pas la détention de celui qui possède au nom d'autrui. La L. 3, § 21, D. h. t., nous dit que s'il y a plusieurs espèces de possessions, toutes se ramènent cependant à une notion générique : *et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.*

9. Quel est le *genus,* quelles sont les *species?*

La notion générique se trouve à la L. 1, D. h. t., et à la L. 3 pr., §§ 1 et 3, D. h. t., d'après lesquelles nous pouvons définir la possession, d'une manière générale, en disant qu'elle est la puissance que la volonté de l'être personnel et libre exerce sur les choses du monde extérieur, en leur communiquant l'empreinte de son inviolabilité. Cette puissance, on peut l'exercer en son propre nom ou au nom d'autrui, distinction qui est renfermée dans notre définition et dans celle de la L. 1, D. h. t., mais non dans les définitions de Muhlenbruch et de Donellus, qui pour ce motif nous paraissent trop étroites. La possession considérée dans sa nature est un droit; elle est le droit de la volonté de l'homme qui par le fait de l'appréhension s'est unie aux choses pour en user selon sa destination. Elle constitue donc un droit en elle-

(1) *Comm. juris civilis,* Lib. V, cap. VI.

même, et ce caractère doit nécessairement se manifester dans tous ses effets.

Si la possession s'exerce pour la première fois sur une chose, elle est constitutive de la propriété, ou elle est, comme le dit la L. 1, § 1, D. h. t., le commencement de la propriété : *Dominium rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait;* car il n'y a pas de propriété parfaitement constituée sans état social qui consacre et protège ce que la possession a commencé. Ce n'est que dans l'état social que la propriété et la possession peuvent réellement former des institutions distinctes et séparées. Toutefois, alors même que la propriété et la possession sont séparées, elles ont une tendance incessante à se réunir par le temps : *usucapio, longi temporis,* et *longissimi temporis possessio.*

Voyons maintenant en détail les *species infinitae* dont parle le jurisconsulte :

1° Il y a une possession originaire, qui est le commencement de la propriété, et qui sous la protection de l'état social donne la propriété.

Grâce à l'état social qui constitue la propriété définitivement, et qui protège aussi la possession comme tous les autres droits privés, mais qui ne les crée pas, la possession et la propriété se séparent, et de là vient qu'on distingue encore plusieurs autres espèces de possessions.

2° Il y a une possession non seulement *cum animo,* mais aussi *cum justa opinione domini,* c'est-à-dire avec la bonne foi qui est fondée sur un juste titre. Cette possession a pour effet : *a*) de faire considérer le possesseur comme propriétaire; de là l'action publicienne et l'acquisition des fruits en attendant que le véritable propriétaire se soit fait connaître; *b*) de rendre le possesseur propriétaire si pendant un temps déterminé le propriétaire n'a pas recherché son droit; ainsi par la prescription le temps réunit de nouveau la propriété à la possession. L'on peut donc dire aussi qu'avec le temps, l'opinion qui est juste ou la bonne foi se convertit en réalité.

Remarquons que si M. de Savigny conteste que l'action publicienne et l'acquisition des fruits soient des effets de la possession

de bonne foi, par le motif que ces effets résultent d'une présomption, il n'est pas moins vrai que cette présomption elle-même est un effet de la possession de bonne foi : dès lors comment peut-on ne pas admettre que ces effets aient pour cause la possession (1).

5° Il y a une possession sans *opinio domini*, mais avec l'*animus sibi habendi*. Cette possession, à l'opposé de la précédente, peut être une *possessio injusta*, mais elle ne donne pas moins des droits, elle n'est pas moins un droit considérée en elle-même. Ce qui suffit pour le prouver, c'est qu'elle produit des actions, et il n'y a pas d'action sans droit.

M. de Savigny cependant rejette cette opinion. Si les actions possessoires, dit-il, protègent le possesseur comme tel, ce n'est pas parce que la possession est un droit, mais parce que toute violence est illégale par sa forme, et constitue une infraction au droit, qui est réparée et vengée par les actions possessoires.

Dans cette objection il y a deux erreurs capitales. Tous les interdits possessoires ne reposent pas sur la violence. L'*interdictum uti possidetis* ne suppose qu'une simple contestation sur la possession, nullement la violence. Et si l'on admettait même que toutes les actions possessoires fussent fondées sur la violence, encore serait-il tout-à-fait inexact de dire que toute violence est injuste en soi et par sa forme même. En effet, si les lois autorisent la légitime défense, comment peut-on soutenir que toute violence soit injuste par sa forme? Il faudrait donc rayer cette maxime consacrée par le droit naturel, par le droit de tous les peuples : *vim vi repellere omnes leges, omniaque jura permittunt* (2). S'il résulte de ce principe que la violence n'est pas injuste par sa seule

(1) Aussi Muhlenbruch a corrigé en ce sens la doctrine de Savigny (§ 234, notes 6 et 7); et il considère la publicienne et la *fructuum acquisitio*, comme implicitement renfermées dans l'usucapion même. Toutefois il faut se garder de considérer ces effets comme reposant absolument sur la même condition. L'usucapion et la publicienne ne requièrent la bonne foi qu'au moment de l'acquisition de la possession; la *fructuum perceptio* la requiert à chaque perception; dès que la bonne foi cesse, l'acquisition des fruits n'est plus possible. D'un autre côté, lorsque l'usucapion n'est plus possible *propter vitium rei*, rien n'empêche l'acquisition des fruits, s'il y a bonne foi et juste titre (L. 48, § 1, D. XLI, 1. — L. 12, §§ 2 et 4, D. VI, 2).

(2) L. 45, § 4, D. IX, 2.

forme, il est évident qu'elle ne peut devenir injuste que par cela et en tant qu'elle porte atteinte à un droit. Donc si la possession n'était pas un droit, la violence dirigée contre la possession ne saurait être une violation du droit, ni motiver les actions possessoires. Si la possession n'était pas un droit, la violence donnerait à la possession un caractère que celle-ci n'aurait pas en elle-même, et par conséquent ce serait, d'après M. de Savigny, au moyen de la violence qu'on arriverait au droit.

Le droit de la possession se trouve donc nécessairement en elle-même. Elle est un droit, car elle renferme dans elle l'élément de tout droit en général, et qui est la volonté. Mais le droit ou la volonté a ses catégories qui ont des rapports entre elles et qui sont soumises les unes aux autres.

La possession n'est pas un fait, parce qu'elle est dominée par la propriété qui est le droit de possession par excellence; elle se rapporte à la propriété, comme la volonté individuelle se rapporte à la volonté de tous. Ce que je possède comme propriétaire, j'ai le droit de le posséder envers tout le monde; j'en ai le droit de revendication, et j'ai ce droit du consentement de tous. Ce que je possède avec la juste opinion d'être propriétaire, je le possède envers tous, excepté envers le vrai propriétaire, et dans cette limite j'ai le droit de revendication par la publicienne. Ce que je ne possède qu'en vertu de ma volonté individuelle même, sans juste opinion, sans juste cause, fût-ce injustement, j'ai encore le droit de le posséder à l'égard de ceux envers lesquels je ne suis pas injuste possesseur.

C'est pourquoi le préteur dans son édit, n'exige pas, pour protéger la possession, qu'elle soit juste, qu'elle soit exempte de tout vice; il exige seulement que celui qui veut être maintenu ne se trouve pas dans une possession injuste à l'égard de l'autre. Il ne dit pas : *Uti nec vi, nec clam, nec precario possidetis,* il dit : *uti nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto;* et le jurisconsulte Paul (2) donne pour motif de cette protection : *Qualiscunque enim possessor, hoc*

(1) L. 1, § 9, D. XLIII, 17.
(2) L. 2, D. *eod.*

ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet.

La loi romaine reconnaît donc au possesseur quel qu'il soit, fût-il injuste, un droit sur la chose, mais un droit qui n'est que relatif, car il n'existe pas vis-à-vis du propriétaire qui a la revendication; ni vis-à-vis du possesseur qui a la *justa opinio domini*, lequel a aussi la publicienne; il n'existe pas vis-à-vis de celui qui a perdu la possession *vi, clam, precario* et qui a lui-même les actions possessoires contre l'autre, ou, s'il est défendeur dans l'interdit *uti possidetis*, l'exception tirée du vice de la clandestinité, de la précarité ou de la violence. Mais à l'égard de tous autres ce droit existe, et le possesseur peut demander le maintien *interdicto retinendae* (1), et la réintégration *interdicto recuperandae possessionis* (2). Dans ces limites le possesseur même injuste a le *jus possidendi*, qu'on appelle *jus possessionis* parce qu'à proprement parler c'est le propriétaire qui a le *jus possidendi* dans toute son étendue.

Pour méconnaître ce droit du possesseur même injuste, tel que nous venons de le limiter, il faudrait soutenir que non seulement tout délit soumet le délinquant à la peine et aux réparations, mais encore qu'il aurait pour effet de le dépouiller de tout droit quelconque. Or, il est absurde de prétendre que le délinquant, sauf les réparations civiles et la vindicte publique s'il y a lieu, soit privé de tous ses droits; il est évident que celui qui a acquis une possession injustement, ne perd point par cela ses droits, ni par conséquent les droits qui dérivent de la possession.

Il est donc démontré que la possession est un droit en elle-même, et qu'elle est un droit, quoique relatif, alors même qu'elle est injuste. Et cette démonstration est basée sur la nature de la possession, sur les actions possessoires et sur les motifs que les jurisconsultes eux-mêmes assignent à ces actions.

4° Il y a une possession indiquée par les mots *naturaliter possidere, detinere, in possessione esse, alienae possessioni praestare ministerium*, sans *animus sibi rem habendi;* mais avec l'*animus alieno nomine possidendi, detinendi;* elle est la moins privilégiée,

(1) L. 2, D. XLIII, 17.
(2) L. 1, § 3, et L. 11, D. XLI, 16.

et n'est point sanctionnée par les actions possessoires, qui restent à celui au nom duquel elle est exercée. Telle est la possession du locataire, du commodataire, du dépositaire, de l'usufruitier, eu égard à la chose même frappée d'usufruit, qu'il détient *alieno nomine,* quoique eu égard au droit d'usufruit il y ait une *propria juris possessio,* munie des actions possessoires.

Toutefois, et M. de Savigny en convient, cette possession aussi a ses droits et ses priviléges; mais selon M. de Savigny, la détention au nom d'autrui ne serait pas comprise dans la notion de la possession, tandis qu'elle l'est réellement selon la définition de la L. 1 pr., D. h. t, qui ne requiert que l'intention de garder. Or, comme les droits que nous allons énumérer sont fondés uniquement sur l'*animus detinendi,* il s'ensuit que comme il n'y a pas de possession sans *animus,* ces droits et priviléges sont attachés à toute possession. Par conséquent la *possessio civilis,* outre l'usucapion, la publicienne, la *fructuum acquisitio,* les actions possessoires, aura encore les effets que nous allons exposer. La *possessio propriè sic dicta,* qui n'est caractérisée que par l'*animus sibi habendi* et à laquelle manque la *justa opinio domini,* a ces mêmes effets et donne lieu en outre aux actions possessoires. Enfin la possession au nom d'autrui n'a que les effets qu'il nous reste à indiquer et qui sont communs à toute espèce de possession, parce qu'ils ne sont fondés que sur la détention accompagnée de l'intention de garder la chose. Ces effets sont :

1° La légitime défense ou la défense de la possession, *cum moderamine inculpatae tutelae* (1). — Vainement a-t-on dit que le droit de la défense naturelle n'est qu'un droit de la personne. Sans doute ce droit a sa racine dans la personne, dans la volonté. Mais dès que la volonté de l'homme est appliquée à une chose, celle-ci est revêtue du droit de cette personne, et devient en quelque sorte inviolable comme la personne même.

2° Un deuxième effet de toute possession est exprimé par la

(1) V. L. 1, § 27, D. XLIII, 16. *Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur.* — L. 13, D. IV, 2; — L. 7, C. XLVIII, 7; — L. 7, C. VIII, 4; — ZACHARIÆ, *Op. cit.*, p. 72 et 74.

règle : *in pari causâ melior est conditio possidentis.* Il est vrai que cette règle découle du principe plus général *actori incumbit probatio,* mais appliquée aux contestations qui ont pour objet la propriété ou la possession, elle ne suppose pas moins l'existence de la possession dans la personne du défendeur.

3° Un troisième effet est le droit de rétention, qui existe au profit de tout possesseur d'une chose qui a des prétentions à faire valoir contre celui qui poursuit cette chose par une action réelle ou personnelle. Ce droit se rattache à la légitime défense; aussi n'est-il point nécessaire, pour qu'il existe, qu'il soit consacré par la loi; on ne doit au contraire le rejeter que là où la loi le proscrit formellement, comme elle le fait en matière de dépôt (1).

Les conditions auxquelles ce droit existe, sont :

a. Que l'on possède ou détienne la chose qui est demandée.

b. Que la possession ou détention soit juste; c'est-à-dire qu'elle n'ait pas été obtenue par un fait illicite.

c. Que la prétention que le possesseur ou le détenteur a à faire valoir contre le demandeur soit liquide et certaine. — Pour la compensation il faut en outre que les deux dettes comprennent des objets de même genre et même qualité.

d. Il faut enfin que la prétention qu'on oppose au demandeur soit connexe à la demande; ce qui a lieu lorsque des impenses ont été faites par le possesseur à la chose même qui est demandée (connexité *propter in rem versum*), ou lorsque la prétention du défendeur est fondée sur le même contrat, quasi-contrat, pacte ou convention, sur la même cause enfin que celle du demandeur (2). Ce droit ne saurait, par exemple, être invoqué par le commodataire qui serait créancier du *commodo dans* pour une cause autre que l'*in rem versum;* mais partout où la cause de l'obligation est de part et d'autre la même, il peut être invoqué, hormis le cas de dépôt.

10. Tels sont les effets de la possession en général, et des différen-

(1) L. 11, C. IV, 34.

(2) L. 18, § 4, D. XIII, 6; — L. 8, D. XIII, 7; — L. 13, § 8, D. XIX, 1; — L. 2, pr. D. XIV, 2; — L. 26, § 4, D. XII, 6; — L. 9, § 3, D. XXXIX, 2; — L. 8, D. XLVII, 9.

tes espèces de possession en particulier. Le *summum genus possessionis* consiste donc simplement dans la détention avec l'intention de garder (κατοχη), dans la puissance de la volonté personnelle sur les choses matérielles. Les *species* dérivent des différents caractères de l'*animus* ou des différentes *causae possidendi*. L'*animus* est-il accompagné de la bonne foi, fondée sur un titre, la possession est juste, elle a une *justa causa*. L'*animus* n'est-il pas accompagné de la bonne foi, on possède sans *justa causa*, *precario, clam, vi*. L'*animus* est-il un *animus sibi habendi*, ou un *animus alieno nomine possidendi*, alors on a la possession proprement dite *ad interdicta*, ou bien on n'a que les droits que nous venons d'énumérer en dernier lieu, et qui sont communs à toute espèce de possession, puisqu'ils reposent sur la détention accompagnée de l'intention de garder; sauf toutefois le droit de rétention qui n'appartient qu'au juste possesseur.

Pour prouver que la possession n'est qu'un fait dans son essence, M. de Savigny dit qu'elle est indépendante des règles que le droit civil a établies pour l'acquisition et la perte des droits. Et il cite en premier lieu, à l'appui de cette opinion, la L. 1, § 3, D. h. t, dont il ne transcrit pas tout le contexte, mais seulement ce passage : *Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoriate possidere incipere posse pupillum ajunt;* EAM ENIM REM FACTI, *non juris esse*. Puis le jurisconsulte ajoute cette reflexion que M. de Savigny ne transcrit pas : *Quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sit ut intellectum capiat.*

Mais que signifie donc cette loi, et que renferme-t-elle qui soit étranger aux règles générales du droit? Elle veut dire que le pupille, s'il est *infantia major, si intellectum capiat*, c'est-à-dire s'il est capable de volonté, peut acquérir la possession. Mais à la même condition le pupille ne peut-il pas acquérir un droit de créance, ne peut-il pas obliger un tiers envers lui? Le pupille peut contracter, il peut acquérir par le contrat un droit de créance, il peut rendre sa condition meilleure, seulement il ne peut pas s'obliger, il ne peut pas perdre (1); il n'est jamais tenu *ex con-*

(1) L. 43, D. XLIV, 7; — L. 8, D. XXIX, 2.

tractu, ex mutuo, ex commodato, que *in quantum locupletior factus est* (1). S'il n'est pas enrichi, l'obligation qu'il aurait contractée ne serait pas même une obligation naturelle quant à sa personne (2). C'est donc une règle générale du droit civil, que le pupille peut acquérir, peut rendre sa condition meilleure, et si la possession était *res facti* pour le motif que le pupille qui a déjà l'intelligence de ce qu'il fait, pût l'acquérir, il faudrait dire aussi que les contrats sont *res facti,* parce que le même pupille en contractant acquiert une créance et oblige les autres envers lui. L'acquisition de la possession n'est donc pas pour cela indépendante des règles du droit civil, elle a lieu conformément à ces règles, et si le jurisconsulte dit qu'il y a dans l'espèce de la L. 1, § 3, D. h. t. *res facti,* cela veut dire que c'est une question de fait que de savoir si un pupille a déjà conscience de ses actes ou non.

La violence n'est pas un moyen d'acquérir un droit; cependant, dit M. de Savigny, elle fait acquérir la possession; donc encore une fois la possession est indépendante des règles générales sur l'acquisition des autres droits, et par conséquent elle n'est qu'uu fait.

Mais partant du principe établi plus haut, que la violence n'est pas injuste par sa forme seule, et n'est réellement violence que pour autant qu'elle viole un droit, nous dirons que la possession acquise par violence ne donne aucun droit à l'égard de ceux dont les droits ont été violés; mais qu'à l'égard des autres elle n'est pas violence, car elle n'a pas porté atteinte à leurs droits. Donc la possession est un droit à l'égard de ceux qui ne possèdent pas, ou n'ont pas été injustement dépossédés. Par conséquent il est inexact de dire que la violence fait acquérir le droit de possession, car ce droit n'est réellement acquis qu'en tant qu'il n'y a pas violence; et n'est acquis qu'à l'égard de ceux envers lesquels aucune violence n'a été exercée, aucune infraction du droit n'a été commise. C'est donc avec raison que la L. 2, D. XLIII, 17, dit qu'à leur égard il importe peu que la possession soit juste ou

(1) L. 1, § 2, et L. 3, D. XIII, 6.
(2) L. 59, D. XLIV, 7. — L. 41, D. XII, 6.

injuste : *justa enim an injusta adversus caeteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert.*

Un troisième argument par lequel M. de Savigny essaie de prouver que la possession est un fait, est puisé dans cette considération que la possession est transmise par des actes nuls, comme par exemple par l'effet d'un acte nul dans sa forme, d'une donation non insinuée et dépassant 500 *solidi.*

Mais si par ce motif la possession était un fait il faudrait en dire autant de la propriété, qui est souvent transmise par l'effet d'actes nuls dans la forme. Je vous donne à titre de donation, vous recevez à titre de *mutuum :* la propriété est transmise, quoiqu'il n'y ait ni donation ni *mutuum.* Pourquoi? Parce que la *justa causa* pour le transport de la propriété existe, parce qu'il y a consentement des deux parties sur le transport de la propriété, puisque celui qui veut faire don, entend transférer la propriété, et que celui qui veut contracter un emprunt entend l'acquérir. Eh bien! pour acquérir la possession, il ne faut pas de *justa causa,* il ne faut que la détention et l'intention. Et c'est parce que ces conditions se rencontrent dans le cas cité par M. de Savigny, que la possession est acquise quoique la donation soit nulle : celui qui donne perd en effet la possession *animo,* et celui qui reçoit l'acquiert *animo et corpore.*

M. de Savigny présente un quatrième argument. La possession ne se transmet pas, dit-il, d'un possesseur à l'autre; aucun possesseur ne peut être considéré comme successeur du possesseur précédent, mais il acquiert au contraire une possession nouvelle, indépendante de celle qui a précédé la sienne.

Nous répondrons que l'usufruit et le droit d'usage ne se transmettent pas non plus et n'en sont pas moins des droits.

Ce n'est donc par aucun de ces motifs qu'on peut contester à la possession le caractère de droit, qui se manifeste par tant d'effets, et notamment par les actions possessoires, le droit de légitime défense, et le droit de rétention lorsque le possesseur a une créance. Le droit est renfermé dans la possession, parce que *ex facto oritur jus,* parce que le droit naît d'un fait volontaire, comme est la possession. La volonté directe ou indirecte de l'homme, c'est-à-dire la

liberté, est l'élément général du droit et de l'obligation. Dans la possession comme dans le contrat, comme dans le délit, comme dans le quasi-contrat, dans le quasi-délit, ou dans le testament, ou dans la succession *ab intestat*, la liberté, la volonté directe ou indirecte est l'élément du droit; un fait sans volonté reste dans la catégorie des faits, et n'appartient pas au système des droits. Aussi n'est-ce que parce que M. de Savigny a vu la notion fondamentale de la possession dans un fait sans *animus*, qu'il a pu lui contester le caractère d'un droit. Mais l'*animus* est si bien l'élément du droit que dans beaucoup de textes nous trouvons le mot *jus* opposé à *corpus*, comme dans d'autres le mot *animus* est opposé à *corpus* (1). Enfin c'est toujours de l'*animus* et des différents caractères dont il est susceptible, que dépendent aussi différents effets juridiques de la possession, et que proviennent les différentes espèces de possession. Et s'il y a quelques textes où la possession est dite *res facti*, comme à la L. 1, § 3, D. h. t., il y en a d'autres où elle est dite *res juris* (2). Conclure de là que la possession est un fait et un droit tout à la fois, ce ne serait rien dire qui fût particulier à la possession : on peut en dire autant du contrat, et l'on pourrait tout ausssi bien conclure de ces textes, que la possession n'est ni un droit ni un fait. Ceci prouve donc qu'on ne peut définir la possession qu'en l'envisageant dans son essence, dans sa cause, et dans ses effets tout à la fois. Or, ainsi envisagée, elle est un droit; nous croyons l'avoir établi.

11. La possession n'est pas un droit purement réel, parce que, bien que la chose soit immédiatement soumise au possesseur, ce droit ne peut être poursuivi contre les tiers possesseurs, mais seulement contre ceux qui ont violé la possession. Si B a spolié A, et qu'il ait ensuite été spolié par C, il aura seul l'interdit *unde vi* contre C; A ne l'aura que contre B (3).

D'un autre côté la possession n'est pas un droit purement personnel, un droit médiat sur la chose; elle n'est pas un *jus ad rem*

(1) L. 1, § 15, D. XLVII, 4; — L. 49, § 1, D. h. t.
(2) L. 49 pr. et § 1, D. h. t.; — L. 1, § 1, D. XLVII, 4; — L. 2, D. XLIII, 17.
(3) L. 1, § 3, D. XLIII, 16.

en ce sens que pour avoir la chose il faille le fait, il faille la médiation d'une tierce personne obligée de la livrer ou de la donner. Le droit de possession est un droit direct sur la chose. Il n'est donc en soi, ni un droit purement réel, ni un droit purement personnel; mais comme le droit manifeste surtout son caractère et son énergie par l'action, nous dirons qu'il appartient plutôt à la classe des droits personnels. C'est pourquoi la L. 1, § 3, D. XLIII, 1, dit : *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta; vi tamen ipsa personnalia sunt* (1). Nous pourrions l'appeler un droit réel-personnel, réel parce que le droit sur la chose est direct et immédiat, motif pour lequel les interdits sont, ou paraissent être *concepta in rem;* — et personnel, parce que l'interdit ne s'intente que contre l'auteur d'un fait, du fait de trouble possessoire ou de spoliation, sans qu'on puisse atteindre les tiers possesseurs.

Nous verrons plus loin comment les actions possessoires ont acquis un tout autre caractère en droit français.

(1) Comparez ce que dit Büchel, p. 99, 100.

Sommaire.

12. Conditions requises pour qu'une chose soit susceptible d'être possédée.

13. Les choses incorporelles ne sont pas susceptibles d'être possédées; mais pour les servitudes l'analogie a fait établir une *juris possessio* ou *quasi possessio*. — La *quasi possessio* de la plupart des servitudes rurales est protégée par des interdits spéciaux. — *L'interdictum uti possidetis*, s'applique-t-il aux autres servitudes dont la *quasi possessio* n'est pas protégée par des interdits spéciaux? — Renvoi.

14. La *juris possessio* ne saurait être étendue à d'autres droits. Les droits seuls qui ne s'éteignent pas par l'exercice en sont susceptibles par leur nature, et elle ne doit être admise que là où la loi l'a formellement établie.

---

12. Pour qu'une chose soit susceptible d'être possédée, il faut qu'elle soit dans le commerce, et qu'elle soit corporelle. (1). Par conséquent les *res divini juris*, les *res communes omnium;* les *res publicae quae in publico usa habentur*, les voies publiques, les fleuves, les édifices publics, ne sauraient être l'objet de la possession (2).

Quant aux *res publicae quae in pecunia sunt populi*, comme dit la L. 6, D. XVIII, 1, *aut civitatis*, les biens patrimoniaux, c'est-à-dire les biens dont les revenus sont employés pour l'avantage de tous et qui ne sont pas *in uso publico*, comme les *fundi provinciales*, ils étaient susceptibles à Rome de la possession privée, quoique dans le principe ils ne fussent pas susceptibles de la propriété privée. C'est même au fonds provincial, au *fundus publicus*, que M. de Savigny rattache l'origine des actions possessoires, opinion sur laquelle nous reviendrons plus loin (3).

(1) L. 23, § 2; — L. 30, § 1; — L. 34, D. h. t.

(2) L. 3, § 17; — L. 30, § 3, D. h. t.

(3) Muhlenbruch (*Doctr. Pand.*, § 236, note 2) paraît aussi admettre cette opinion, en règle générale, quoique au § 242, note 5, il la rejette au moins en ce qui concerne l'*interdictum retinendae possessionis*.

13. Les choses incorporelles ne sont pas susceptibles d'une possession proprement dite (1).

Toutefois, en matière de servitudes, on a distingué l'exercice d'une servitude, du droit de servitude, comme on a séparé la possession de la propriété, et de même que celui qui avec bonne foi et juste titre a possédé une chose pendant un temps déterminé, fut considéré comme propriétaire et dispensé de toute autre preuve de la propriété dans le chef de son auteur, ainsi celui qui a exercé un droit de servitude, pendant le temps déterminé, avec bonne foi et d'une manière non vicieuse, *nec vi, nec clam, nec precario,* a été considéré comme ayant acquis le droit de servitude, et dispensé de toute autre preuve de son droit, preuve qui aurait compris aussi celle de la propriété du fonds assujetti dans le chef du concédant. Ainsi la *longi temporis possessio* a été admise en matière de servitude par analogie à la *longi temporis possessio* en matière de propriété. Cette possession analogique a été appelée *juris possessio* ou *quasi possessio,* et cette possession une fois admise, on a aussi accordé des actions possessoires à celui qui avait exercé un droit de servitude. Ces actions possessoires ont été pour la plupart des servitudes rurales des interdits spéciaux, c'est-à-dire des actions pour l'exercice desquelles le préteur avec prescrit des conditions spéciales. Tels sont l'*interdictum de itinere actuque privato,* l'*interdictum de aqua quotidiana et aestiva ducenda,* l'*interdictum de fonte,* l'*interdictum cloacae.*

Dans les servitudes urbaines ou rurales non munies d'interdits spéciaux on aurait, d'après ce qu'enseigne Muhlenbruch (§ 297), appliqué purement et simplement les principes de l'*interdictum uti possidetis.* D'après M. de Savigny, il faudrait au contraire restreindre l'application de l'*interdictum uti possidetis* aux servitudes urbaines; tandis que d'autres enfin, comme Wiederhold (2) et Vangerov prétendent que l'*interdictum uti possidetis* ne s'applique par analogie à aucune espèce de servitude, et qu'il n'y a d'autres

(2) L. 3 pr. D. h. t ; — L. 4, § 27, D. XLI, 3.

(1) *L'interdit* uti possidetis, *et la dénonciation de nouvel œuvre* (Hanau, 1832, en all.).

interdits en matière de servitudes, que ceux qui ont été spécialement introduits par le préteur.

Nous examinerons ces trois opinions dans la partie de ce cours qui traitera des *Servitudes*.

14. Si les droits de la possession ont été étendus par analogie aux servitudes, ce serait cependant commettre une erreur que de les étendre aux autres droits. L'extension analogique de la possession trouve une première limite naturelle dans la notion de la possession même. En effet, pour qu'on puisse attribuer à l'exercice d'un droit le caractère d'une *juris possessio*, il faut que cet exercice soit continu ou puisse se répéter; il faut par conséquent qu'il n'éteigne pas le droit lui-même. De là suit d'abord qu'un droit de créance ne saurait être susceptible d'une *juris possessio*. Car l'exercice plein et entier du droit de créance consiste dans l'obtention du payement, qui éteint cette créance. Il en est de même du droit de gage ou d'hypothèque qui s'éteint également par son exercice, c'est-à-dire par la vente de l'objet engagé.

Si la *juris possessio* ne saurait être admise que pour les droits susceptibles d'un exercice continu ou réitéré, il ne s'ensuit pas encore qu'on puisse l'admettre pour tous les droits susceptibles d'un tel exercice. Elle ne peut être admise, de même que la prescription, que là où la loi l'a établie. Ainsi, bien que les *jura statûs*, les droits dérivant de l'état civil ou politique d'une personne, soient susceptibles d'un exercice réitéré, cependant le droit romain n'a pas séparé pour la revendication de ces droits, le pétitoire du possessoire, il n'a pas admis de *juris possessio* quant à ces droits. Les seuls droits pour lesquels il l'ait admise, sont les droits de servitude, où nous caractériserons ultérieurement l'*animus possidendi*, car nous verrons ci-après que le créancier gagiste, l'emphytéote et le superficiaire ont une véritable possession, une *corporis* et non une *juris possessio*.

Sommaire.

15. Conditions requises dans la personne pour qu'elle puisse posséder.

16. Il faut être capable d'avoir des droits. — Esclaves. — Citoyens devenus prisonniers de guerre. — Fils de famille.

17. Il faut être capable de l'*animus*. — Des furieux et des pupilles *qui intellectum non capiunt;* — Des pupilles qui ont de l'intelligence; — Des personnes morales; — De l'*hereditas jacens*.

18. L'*animus* du possesseur doit être défini l'*animus rem sibi habendi* ou *suo nomine possidendi*. On peut bien distinguer l'*animus* d'une possession originaire, de celui d'une possession dérivée, et qualifier le premier d'*animus domini*; mais il n'est pas exact de le regarder comme étant la règle, et de regarder comme exceptionnels, les cas où l'*animus* du possesseur n'est pas l'*animus domini*. — Des détenteurs qui ne possèdent pas la chose *suo nomine*, et qui par conséquent ne peuvent pas prescrire.

19. Pourquoi ceux qui exercent un droit de servitude, réelle ou personnelle, sont-ils *juris possessores*, tandis que le créancier gagiste, l'emphytéote, le superficiaire, le précariste, le séquestre, si tant est qu'il possède, ont une véritable *corporis possessio*.

Nature de la possession : *a*) du créancier gagiste;

20. *b*) De l'emphytéote;

21. *c*) Du superficiaire (dissentiment avec M. de Savigny);

22. *d*) Du précariste;

23. *e*) Du séquestre.

24. A l'exemple de ce qui a lieu dans le dépôt judiciaire, pouvait-on valablement stipuler au contrat de commodat ou de louage, que le commodataire ou le locataire aurait les actions possessoires?

25. Plusieurs personnes peuvent-elles posséder une seule et même chose? *Possessio plurium pro indiviso; — compossessio, corporis et juris possessio; — possessio plurium in solidum.* — Interdits appartenant à plusieurs personnes. — Il n'y a pas d'opposition entre la L. 3, § 5, D. XLI, 3, et la L. 15, § 4, D. XLIII, 26.

---

15. Pour pouvoir posséder, il faut :

1° Être une personne capable d'avoir des droits;

2° Être capable de volonté;

3° Avoir l'*animus domini*, ou du moins l'*animus rem sibi habendi*.

16. Il faut être capable d'avoir des droits. Donc l'esclave ne peut pas posséder pour soi, il ne peut que *naturaliter detinere* (1); pour sa personne il ne peut invoquer aucun droit. Il suit de là que toute possession que l'esclave voudrait acquérir pour lui-même ou pour son maître, est acquise au maître aussi longtemps que l'esclave est lui-même possédé par le maître, et que lors même que l'esclave est en fuite, tant qu'il n'est pas possédé par autrui, ce qu'il acquiert est encore au maître (2). Cependant lorsque la possession a été acquise par un délit, le maître n'est pas censé posséder sans qu'il ait donné ordre ou ratifié le fait de l'esclave (3).

Comme celui qui est pris par l'ennemi perd ses droits, son *caput*, il perd aussi la possession, lors même que ses biens n'ont pas été occupés par un tiers (4); et comme alors qu'il s'agit des effets de la possession, celle-ci n'est pas présumée exister là où il n'y a ni *animus* ni *corpus*, il s'ensuit que la fiction du *jus postliminii* ne s'étend pas à la possession. Il n'y a de possession fictive en droit romain que lorsqu'il s'agit de punir le dol ou la mauvaise foi en matière de revendication, comme l'indiquent les règles : *qui dolo desiit possidere, qui dolo liti se obtulit ac si possideret pro possessore habetur* (5).

Dans l'ancien droit le fils de famille aussi, bien qu'il fût *caput liberum*, était incapable de posséder pour lui, parce qu'il était incapable d'avoir la propriété à lui. Dans le droit nouveau de Justinien, comme il est propriétaire du pécule militaire et du pé-

(1) L. 49, § 1, D. h. t.

(2) L. 1, §§ 14 et 15, D. h. t.

(3) L. 24, L. 1, § 5, D. h. t. — Comp. L. 1, § 19; — L. 34, § 2, D. h. t.; — L. 31, § 2, D. XLI, 3.

(4) L. 23, § 1, D. h. t.

(5) A ce principe qu'il n'y a pas de *ficta possessio* lorsqu'il s'agit des effets de la possession, on pourrait être tenté de voir une exception au cas où le débiteur donne un gage au créancier, car alors c'est le créancier qui possède, le débiteur est seulement censé posséder *ad usucapionem*. Mais encore dans ce cas la possession *ad usucapionem* du débiteur n'est pas une fiction, car la possession du créancier gagiste dérive de celle du débiteur qui la lui a transmise, et qui a retenu la possession *ad usucapionem* dans leur intérêt commun (L. 16, D. XLI, 3).

cule adventice, il est aussi capable de posséder, et cette capacité est la règle. Car d'après la L. 1, C. VI, 61, tout ce que le fils de famille acquiert, est censé faire partie de son pécule adventice, excepté ce qu'il acquiert *ex re patris*. Ce n'est donc plus que dans les limites du pécule profectice que le fils de famille n'acquiert pas la possession pour lui, mais pour son père.

17. Pour acquérir la possession, mais non pas pour la conserver, il faut être capable de volonté (1).

C'est pourquoi le furieux et le pupille, s'il n'a encore aucun entendement, sont incapables d'acquérir la possession par eux-mêmes. Mais ils l'acquièrent par les tuteurs ou curateurs (2). Quant au pupille qui a l'intelligence de ce qu'il fait, il est certain qu'il peut acquérir la possession par lui-même avec l'autorité de son tuteur; et il n'est pas moins vrai qu'il peut acquérir par lui-même sans l'autorité du tuteur (3). Ainsi d'après la L. 1, D. h. t., le pupille peut acquérir la possession par lui-même dès qu'il est capable d'intelligence (*si intellectum capit*), et cette loi ne distingue pas s'il a dépassé l'enfance ou non, elle requiert seulement qu'il ait le sentiment de ce qu'il fait. Il n'y a donc aucune opposition entre les lois auxquelles nous venons de renvoyer, et la L. 3, C. VII, 32, qui déclare que la donation faite à un *infans* par tradition, lui transfère la possession; car cette dernière loi suppose que l'*infans* a eu le sentiment de ce qu'il faisait, et ce sentiment fût-il même incomplet (*licet animi plenus non fuerit adfectus*), la décision serait la même. Nous dirons donc avec Puchta (4), qu'il n'est pas nécessaire, pour mettre cette loi d'accord avec la L. 32, D. h. t., de supposer, ce dont la L. 3, C. VII, 32, ne renferme pas la moindre trace, que la donation ait été faite avec l'autorité du tuteur. La L. 32 dit effectivement que l'*infans* peut acquérir la possession *tutore auctore*, parce que cela est déjà une exception à la règle générale d'après laquelle l'*infans* doit être représenté par le tu-

(1) L. 27, D. h. t.; — L. 4, § 3, D. XLI, 3.
(2) L. 1, § 20, D. h. t.
(3) L. 32, § 2, D. h. t.; — L. 1, § 3, D. h. t.; — L. 4, § 2, D. XLI, 3.
(4) Dans le *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*. III, n° 3.

teur (1). Mais suit-il de là que l'*infans, si intellectum capit,* ne puisse acquérir seul la possession? Nullement, car les lois que nous venons de citer prouvent le contraire. Ainsi l'*infans, si intellectum capit,* peut acquérir la possession par lui seul; il peut aussi l'acquérir *tutore auctore,* n'eût-il même aucune intelligence de ce qu'il fait, et enfin sans son concours le tuteur peut acquérir la possession pour lui (2).

Les personnes morales ne peuvent pas acquérir la possession par elles-mêmes, ni par aucun de leurs membres, à moins que ce membre ne les représente légitimement, ne soit leur syndic, leur administrateur (3).

L'*hereditas jacens* ne peut non plus acquérir la possession, même elle ne possède rien (4); mais si dans l'hérédité il y a un esclave qui possède *peculiariter,* il pourra aussi acquérir la possession *ex causa peculii,* et l'héritier qui fait addition d'hérédité, acquiert sans appréhension la possession des choses ainsi acquises par l'esclave. Du reste, l'acceptation de la succession ne fait aucunement acquérir à l'héritier la possession des choses héréditaires, qui pour être possédées doivent être appréhendées par lui (5).

18. Outre les deux conditions que nous venons d'énumérer, outre la capacité d'avoir des droits, il faut, lorsqu'il s'agit de la possession proprement dite, l'*animus domini,* ou du moins l'*animus rem sibi habendi;* car celui qui détient une possession au nom d'autrui n'est pas un possesseur proprement dit, il ne possède pas *ad interdicta,* ni par conséquent *ad usucapionem,* quoique sa détention, accompagnée de l'*animus alieno nomine possidendi,* rentre sous la définition générale de la possession donnée par la L. 1, D. h. t., et ne soit pas exempte de droits.

Nous disons que pour acquérir la possession proprement dite, il faut du moins l'*animus rem sibi habendi,* en entendant par ces derniers mots une détention qui est exercée en nom propre. Cette

(1) § 10 Inst. III, 19 (20). — L. 1, § 2, D. XXVI, 7.
(2) L. 1, § 2, D. XXVI, 7.
(3) L. 1, § 22, et L. 2, D. h. t.
(4) L. 1, § 15, D XLVII, 4.
(5) Cpr. L. 33, D. h. t.

détention peut être acquise par un acte unilatéral, par occupation; elle peut même être le résultat du vol, de la violence; elle peut aussi être une détention transmise à l'effet de faire jouir le cessionnaire des droits attachés à la possession proprement dite. Telle est la possession du créancier gagiste, de l'emphytéote, du précariste, du superficiaire, qui ont, sur la chose qu'ils détiennent, non pas une *juris possessio,* comme en matière de servitudes, mais une véritable *corporis possessio.* Et il en est de même du séquestre, lorsque la chose séquestrée a été commise au séquestre afin de faire cesser le bénéfice de la possession dans le chef des parties litigantes pendant le temps de l'instance. Dans tous ces cas on peut caractériser l'*animus,* l'opinion *rem sibi habendi, possidendi,* c'est-à-dire une intention de détenir la chose en nom propre, à l'effet de jouir des actions possessoires.

On a beaucoup discuté sur la question de savoir s'il fallait, conformément à la théorie de M. de Savigny, qualifier l'*animus,* d'*animus domini,* ce qui a forcé ce jurisconsulte à considérer comme exceptionnels tous les cas où le possesseur, sans avoir l'*animus domini,* avait seulement l'*animus sibi possidendi,* comme il arrive dans la concession de gage, dans l'emphytéose et la superficie, dans le précaire, dans le séquestre, cas de possession que M. de Savigny a désignés du nom de possession dérivée; ou bien si écartant l'*animus domini* comme une définition trop étroite, on devait simplement qualifier l'*animus* en matière de possession par *animus suo nomine possidendi* ou *rem sibi habendi.*

Contre la théorie de M. de Savigny on a objecté que si les jurisconsultes romains avaient considéré la possession *cum animo domini* comme la règle, comme le type de toute autre possession, et celle du créancier gagiste, de l'emphytéote, du superficiaire, du précariste, du séquestre, que M. de Savigny appelle possession dérivée, comme exceptionnelle, cette relation devrait se trouver quelque part indiquée dans les sources par les expressions *jure singulari* ou *utilitatis causâ receptum est,* qu'on rencontre dans des circonstances analogues. Mais rien n'indiquant une telle relation, on ne peut admettre, dit M. Warnkoenig (1), que la posses-

(1) *Archiv für die Civilitische Praxis.* XIII, p. 270

sion que M. de Savigny appelle dérivée soit exceptionnelle, et par conséquent la définition de l'*animus* doit avoir un caractère plus général. Ce caractère, on prétend le trouver dans l'*animus suo nomine possidendi,* et en effet, à la L. 18, D. XLI, 2, ce sont les expressions *suo nomine* et *alieno nomine possidere* qui distinguent la possession proprement dite *ad interdicta,* de la détention exercée au nom d'autrui.

A cela il faut ajouter qu'aucun texte des Pandectes, du Code ni des Institutes ne qualifie l'intention du possesseur d'*animus domini.* M. de Savigny ne fonde cette qualification que sur la paraphrase de Théophile, qui pour définir la possession proprement dite, se sert de ces expressions : ψυχῇ δεσποζοντος κατεχειν. Or, d'après le *Glossarium Theophilinum* que l'on trouve dans l'édition de Reits, le mot κυριος seul signifie *dominus,* propriétaire, tandis que les mots ψυχῇ δεσποζοντος κατεχειν doivent se traduire par *suo nomine, suo arbitrio rem detinere.* Du reste, l'opinion de Théophile ne saurait avoir d'autorité légale.

Il nous est donc permis de conclure que l'opinion qui considère l'*animus domini* comme règle, et qui qualifie de possession exceptionnelle toute possession proprement dite où cet *animus* manque, n'est pas confirmée par les textes; et qu'il convient plutôt de qualifier l'*animus,* d'*animus rem sibi habendi,* ou *suo nomine detinendi.*

Toutefois, il est vrai de dire que l'*animus domini* est l'*animus* de la possession originaire, et que toute possession où l'*animus domini* ne se trouve pas, est une possession dérivée, en ce sens qu'elle vient d'un propriétaire ou d'un possesseur *cum animo domini.* Voilà, croyons-nous, ce qu'il y a de vrai au fond de la théorie de M. de Savigny. Ce qu'il y a d'inexact dans cette théorie, c'est qu'elle considère la possession *cum animo domini* comme règle, et la possession où il n'y a qu'un *animus suo nomine possidendi* ou *sibi rem habendi,* comme l'exception. Au fond il n'y a ni règle ni exception; toute possession *propriè sic dicta* est une possession, sinon *cum animo domini,* au moins *cum animo rem sibi habendi,* ou *suo nomine possidendi,* et donne droit aux interdits. Partout au contraire où il n'y a que détention au nom d'autrui, ce n'est pas le détenteur qui a les interdits, mais seulement celui au

nom de qui la détention est exercée, à moins que ce détenteur de la chose ne soit en même temps un *juris possessor,* comme l'usufruitier et l'usager qui, à raison de leur *juris possessio,* peuvent aussi recourir aux actions possessoires. L'usager et l'usufruitier ont en effet les *interdicta retinendae et recuperandae possessionis* (1), tout en ne possédant la chose qu'au nom du nu-propriétaire. Le nu-propriétaire conserve les actions revendicatoires et possessoires, mais de même que l'usufruitier a une action revendicatoire de son droit de servitude, l'*actio confessoria,* il a aussi les actions possessoires qui tendent à le protéger dans l'exercice de son droit.

Pour ce qui concerne le locataire, le mandataire, le commodataire, le dépositaire, le *missus in possessionem ex primo decreto rei servandae causa,* ils n'ont pas les actions possessoires, qui compètent à ceux-là seulement au nom de qui la détention est exercée. Ces détenteurs ne sont en effet ni *corporis* ni *juris possessores,* ils détiennent le *corpus* au nom d'autrui, ils ne peuvent par conséquent sans interversion de leur titre acquérir la chose par prescription.

19. Lorsqu'on compare ce que nous venons de dire au numéro précédent sur la possession du créancier gagiste, de l'emphytéote, du superficiaire, du précariste, du séquestre, avec ce que nous avons dit plus haut de la *quasi possessio* ou *juris possessio* de ceux qui exercent un droit de servitude réelle ou personnelle, on peut se demander pourquoi ces derniers ont une *juris possessio,* tandis que le créancier gagiste, l'emphytéote, le superficiaire, le précariste et le séquestre ont une *corporis possessio.*

Nous essayerons de résoudre cette question en entrant dans quelques détails pour les divers cas; et d'abord nous rechercherons pourquoi le créancier gagiste qui jouit aussi d'un droit réel a une *corporis* et non pas une *juris possessio.*

Nous avons déjà vu que le droit de gage, qui n'est au fond qu'une *obligatio rei* et n'est pas un élément détaché de la propriété d'une manière indépendante, puisque le débiteur conserve le droit de vendre et que le créancier ne vend qu'au nom du débiteur, a cela de commun avec les autres obligations, qu'il n'est pas suscep-

(1) L. 3, § 13-17, D. XLIII, 16.

tible d'une *juris possessio* puisqu'il est de la catégorie des droits qui s'éteignent par l'exercice. En effet, cet exercice ne consiste que dans la vente du gage ou de la chose hypothéquée qui met fin au droit même. Donc dans le gage la *juris possessio* ne se conçoit pas, et par ce motif aussi il est impossible d'acquérir le droit de gage par une prescription quelconque (1); enfin, par une conséquence ultérieure, la possession du créancier gagiste ne peut être qu'une *corporis possessio.* Or, dans le contrat pignoratif, cette possession était nécessaire, car dans le principe tout l'objet de ce contrat, toute la garantie qu'il devait fournir consistait précisément dans la possession, dans les actions possessoires et dans le droit de rétention. La possession devait fournir au créancier la faculté de vendre la chose d'une manière indépendante du débiteur. Ce ne fut en effet qu'après que le préteur eut attaché l'*actio in rem,* l'*actio serviana* et *quasi serviana* au *pactum hypothecae,* que le créancier gagiste put aussi, puisque le contrat pignoratif renferme le pacte, intenter l'action réelle contre les tiers possesseurs du gage, action qui, lorsqu'elle dérive du contrat pignoratif, porte aussi le nom d'*actio pigneratitia in rem.* Or, comme l'action *in rem* n'a fait qu'ajouter au contrat pignoratif et aux garanties du créancier sans en rien retrancher, il était naturel que le créancier gagiste conservât les actions possessoires, qui étaient l'un des effets originaires du contrat de gage. Nous croyons donc qu'il faut plutôt avec Büchel rattacher l'origine des actions possessoires qui compètent au créancier, à la nature primitive du *contractus pigneratitius,* qu'à la *mancipatio cum fiducia,* comme le fait à tort Muhlenbruch, au § 237, note 9.

Le créancier gagiste devient donc, en vertu du contrat pignoratif, *corporis* et non pas *juris possessor,* et il possède *ad omnem causam,* c'est-à-dire à toute fin, excepté *ad usucapionem* (2); le débiteur continue à posséder *ad usucapionem,* car c'est ce qu'exige l'intérêt du créancier même, dont la garantie se trouve complétée par le titre que l'usucapion acquiert au profit du débiteur.

(1) Comp. Buchel, *Natur des Pfandrechts,* I, p. 28, 52.
(2) V. L. 16, D. XLI, 3.

Eu égard à l'usucapion, le créancier gagiste possède donc *alieno, non suo nomine,* comme dit la L. 16, D. XLI, 3, et de là cette autre conséquence, que ni lui ni ses héritiers ne peuvent acquérir la propriété du gage par aucune espèce de prescription acquisitive, pas même par la *longissimi temporis praescriptio,* puisqu'elle requiert au moins la bonne foi au commencement de la possession, et que cette bonne foi est impossible chez un créancier qui reçoit une chose à titre de gage (1).

Du reste le créancier gagiste ne saurait pas non plus opposer au débiteur la prescription extinctive, car les L. 2 et 7, § 6, C. VII, 39, refusent cette prescription à celui dont la possession a commencé au nom d'autrui; elles la lui refusent au moins vis-à-vis de celui au nom duquel la possession a commencé, comme vis-à-vis de ses héritiers. Mais si un tiers intentait la revendication contre le créancier gagiste, si par exemple le débiteur n'avait pas été propriétaire de la chose donnée en gage et que le propriétaire vînt la revendiquer au créancier, alors, ou bien le débiteur a acquis cette chose avec bonne foi, et dans ce cas l'action du propriétaire sera éteinte, car la propriété aura été acquise par 10 ou 30 ans, suivant que le débiteur de bonne foi aura eu juste titre ou non, ou bien le débiteur a été de mauvaise foi en donnant en gage la chose d'autrui, et alors il n'a pu acquérir la propriété. Mais il n'y a pas de doute aussi que le créancier gagiste ne puisse opposer la prescription extinctive au propriétaire, celui-ci ne pouvant pas invoquer la règle : *nemo sibi possessionis causam mutare potest,* car le créancier n'a pas possédé au nom du propriétaire, il a possédé au nom de son débiteur.

En résumé, le créancier gagiste n'a pas la *juris possessio;* c'est pourquoi le droit de gage ne peut s'acquérir par prescription. Il a la *corporis possessio,* donc il a les actions possessoires et le débiteur ne les a pas; mais le débiteur possède *ad usucapionem* dans l'intérêt du créancier même. Par rapport à la prescription le créancier possède *non suo nomine, sed nomine debitoris,* c'est pourquoi ni lui ni ses héritiers ne peuvent opposer aucune espèce de prescription au débiteur.

(1) L. 11, D. XLIV, 3. — L. 13, D. XLI, 3. — L. 10, C. IV, 24.

20. L'emphytéote est aussi un *corporis* et non pas un *juris possessor;* il a les actions possessoires, le *dominus* ne les a pas. Il n'est pas un *juris possessor,* car il n'exerce pas, comme celui qui a un droit de servitude, tel ou tel droit de propriété en son propre nom et d'une manière indépendante. Le droit de l'emphytéote n'est pas qualifié de *dominium juris* ou *quasi dominium,* comme le sont les droits de servitude, d'où aussi les mots de *quasi possessio, juris possessio,* pour qualifier l'exercice d'un droit de servitude (1).

L'emphytéote n'est pas un *juris possessor,* et de là il suit que le droit d'emphytéote lui-même ne saurait jamais s'acquérir par prescription, pas plus que le droit d'hypothèque.

L'emphytéote n'exerce pas un droit détaché de la propriété, il exerce tous les droits de propriété à la fois, comme le propriétaire, et au nom du propriétaire; il peut, ce que ne peut pas l'usufruitier, changer même la destination de la chose, pourvu qu'il ne détériore pas le fonds; aussi a-t-il toutes les actions qui compètent au propriétaire; il les a *utiliter,* car il n'est pas propriétaire, il ne fait qu'exercer les droits de propriété; il a l'*utilis rei* ou *corporis vindicatio,* tandis que celui qui a un droit de servitude n'a que la *juris vindicatio,* et comme il a la *corporis vindicatio,* il peut aussi utilement intenter les actions qui ont pour objets des droits inhérents au *corpus,* inhérents à la chose, telles que l'action qui a pour but la revendication du droit de servitude, et celle qui a pour objet de revendiquer la liberté du fonds, action qui sont déniées à l'usufruitier, lequel doit se borner, en pareille circonstance, à revendiquer son droit d'usufruit (2).

Si l'emphytéote exerce tous les droits de propriété, il ne les exerce pas cependant comme droits détachés et indépendants de la propriété; il ne les exerce pas comme formant un *dominium juris* reposant sur son chef; il les exerce au nom du propriétaire, et c'est en reconnaissance de la propriété qu'il paie le canon annuel. C'est pourquoi, ni l'emphytéote ni ses héritiers ne peuvent jamais

(1) Comp. L. 3, D. VII, 6; — L. 8, D. XLII, 5; — L. 10, D. VIII, 5; — L. 3, § 17, D. XLIII, 16; — Buchel, *Op. cit.*, I, p. 7-10.

(2) L. 16, D. VIII, 1; — L. 1 pr., L. 5, D. VII, 6. — Buchel, *Op. cit.*, p. 45 et 46.

acquérir par prescription la propriété du fonds, pas plus que le créancier gagiste ne peut acquérir la propriété de la chose engagée, parce qu'il ne saurait y avoir de prescription acquisitive de la propriété sans bonne foi au commencement de la possession (1).

Toutefois, si l'on suppose que le possesseur de mauvaise foi de la chose d'autrui, ait fait une concession de l'emphytéose, l'emphytéote pourra opposer à la revendication du véritable propriétaire la prescription extinctive de 30 ans; en ce cas l'action sera repoussée bien que la propriété n'ait été acquise ni par le concédant, parce qu'il était de mauvaise foi, ni par l'emphytéote, parce qu'il ne saurait être de bonne foi non plus en se prétendant propriétaire (2).

Si l'emphytéote exerce les droits de propriété au nom d'autrui, il exerce cependant la possession en son propre nom, il est possesseur de la chose : *corporis non juris possessor*. Mais pourquoi possède-t-il la chose en son propre nom, pourquoi a-t-il les actions possessoires, tandis que le *dominus emphyteuseos* ne les a pas? Avec M. de Savigny nous dirons que cette possession de l'emphytéote dérive des rapports qui ont existé entre les possesseurs de l'*ager publicus*, et plus tard du *provinciale solum*, et l'état qui était resté propriétaire, et que par conséquent les rapports entre l'emphytéote et le concédant ont dans l'*ager publicus* ou *vectigalis* leur analogie, leur règle, comme ils y ont leur origine.

Voyons donc d'abord quels ont été les rapports des possesseurs de l'*ager publicus* avec l'état, nous verrons ensuite comment ces mêmes rapports juridiques ont été transportés à l'emphytéose.

L'*ager publicus* et plus tard le *provinciale solum*, bien que la possession avec le droit d'en jouir fût concédée soit aux particuliers, soit à des municipalités, ou à des colléges de prêtres auxquels ont succédé des églises, soit aux empereurs, n'en furent pas moins réputés la propriété du peuple romain qui en percevait la dîme, et qui avait la faculté d'en révoquer les con-

(1) L. 12, § 2, D. VI, 2; — L. 11, D. XLIV, 3; — L. 8, § 1, C. VII, 39.
(2) L. 14, C. XI, 61.

cessions. Cependant avec la puissance croissante des empereurs, ces possessions devinrent dans leurs mains irrévocables et affranchies de toute espèce de prestations en nature, de même que déjà auparavant les praticiens au faîte de leur puissance, étaient parvenus souvent à s'en affranchir.

Les lois par lesquelles ces possessions avaient été retirées par le peuple à leurs possesseurs actuels, étaient les célèbres lois agraires. Ce droit du peuple de disposer des terres conquises passa ensuite au Sénat qui en fit de larges concessions aux empereurs, et finalement le droit de disposition même passa à ceux-ci. Il y a plus; une partie des provinces acquises fut considérée comme étant la propriété des Césars (1). Jusqu'à Justinien les concessions ainsi faites demeurèrent révocables (2), quoique cependant elles ne fussent révoqués que rarement, dans des circonstances graves, et jamais d'une manière générale.

Les fonds concédés aux municipalités et églises, constituaient l'*ager vectigalis*. Ceux concédés à l'empereur, faisaient partie des biens que l'on appelait *res patrimonialis principis*, par opposition à la *res privata principis*.

Dans le principe le seul droit que les concessionnaires de l'*ager publicus* pouvaient avoir, était la possession dans laquelle les préteurs les protégeaient par les actions possessoires; l'*ager publicus* appartenait au peuple, il était donc impossible que les particuliers pussent y acquérir le domaine Quiritaire et par conséquent aussi il ne pouvait être l'objet de l'usucapion (3). Toutefois ces fonds étaient dans le commerce, la possession pouvait s'en transmettre, le préteur protégeait celui qui tenait la chose *nec vi, nec clam, nec precario*. Il alla même au-delà. Si les *legis actiones* ont empêché le possesseur de l'*ager publicus* de revendiquer la chose, puisque le *vindicans* devait affirmer et prouver qu'elle

(1) Gaius, II, § 7 et 21 :

« *In eâdem causâ sunt provincialia praedia; quorum alia stipendiaria praedia, alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea, quae in his provinciis sunt quae propriae populi romani esse intelliguntur. Tributaria sunt ea quae in his provinciis sunt quae propriae Caesaris esse creduntur.* »

(2) L. 11, D. XIX, 1.

(3) L. 12, § 2, D. VI, 2.

était sienne *ex jure Quiritium,* l'abolition des *legis actiones,* et l'introduction de la *formula petitoria* permit à ces possesseurs de revendiquer le fonds, et bien que l'usucapion ne pût transformer la propriété de l'État en propriété privée, en *dominium ex jure Quiritium,* cependant le tiers qui tenait de bonne foi la possession de celui qui, en droit, ne pouvait la transférer, était en condition de l'acquérir par la *longi temporis possessio,* et en cette qualité de possesseur de bonne foi, il eut aussi l'action publicienne (1). Aussi les effets juridiques de cette possession, qui dans le principe furent limités aux actions possessoires, s'étendirent jusqu'à devenir sous Justinien une propriété parfaite, au point que toute distinction entre l'*ager publicus,* le *provinciale solum* et la véritable propriété particulière, fut complètement effacée (2).

A l'époque où l'emphytéose fut introduite, les différences entre le *fundus italicus* et le *fundus provincialis,* subsistaient encore, et comme l'emphytéose a tiré son origine de ce dernier, il en est résulté que les actions possessoires y ont été naturellement transférées. Or, voici comment se prouve cette origine. Il est évident que les portions de l'*ager publicus* et du *provinciale solum* qui furent concédées aux municipalités et aux églises, devaient être concédées aussi par ces corporations à des particuliers. Et dans le principe les conditions de ces concessions devaient pour beaucoup de terres, être identiques aux conditions sous lesquelles les corporations morales possédaient elles-mêmes. La possession et le droit de jouir furent donc transférés aux concessionnaires moyennant une pension annuelle et pour un long terme qui dans le principe fut peut-être illimité. Ces concessionnaires ayant les mêmes droits que les concédants devinrent donc possesseurs, et obtinrent ainsi l'action *in rem.* Quant à la nature du contrat qui réglait les conditions de la concession, elle fut longtemps flottante entre la vente et le louage, jusqu'à ce que Zénon en eut fait un *contractus sui generis,* en y attachant les effets que nous exposerons plus tard.

(1) L. 12, § 2, D. VI, 2.
(2) L. 2, C. VII, 38; — Theophile, § 40, Inst. II, 1.

Les fonds que les villes et églises ont ainsi concédés aux particuliers, s'appellent *fundi emphyteutici* ou *emphyteuticarii*, parce que ces concessions avaient pour but principal la culture de ces fonds. Le *jus emphyteuseos* dérive donc de l'*ager vectigalis*, et de là les actions possessoires concédées à l'emphytéote; il est une modification de l'*ager vectigalis*, il s'y rapporte comme l'espèce se rapporte au genre. C'est ce que prouve l'inscription du titre 3, livre VI, des Pandectes SI AGER VECTIGALIS, ID EST EMPHYTEUTICARIUS, PETATUR, où les mots : *id est emphyteuticarius* ne sont pas une vaine redondance, mais indiquent qu'il s'agit d'un *ager vectigalis* qui dans l'espèce est un *ager emphyteuticarius*. Cette signification ne saurait être révoquée en doute, surtout si avec l'inscription précitée on compare le titre correspondant du code Théodosien (livre 10, titre 3), où nous lisons : *De locatione fundorum juris emphyteuticarii et Reipublicae et templorum*, c'est-à-dire des fonds que les municipalités et les églises ont donnés en emphytéose.

Plus tard les particuliers suivirent l'exemple de ces personnes morales, et l'on conçoit aisément que les dévastations commises par les barbares pendant leurs guerres d'invasion, durent, lorsqu'il fallut rendre les terres à la culture, favoriser l'extension du bail emphytéotique, qui a pour but principal d'arriver à l'exploitation régulière du sol par les garanties de durée et l'exercice des droits de propriété qu'il confère aux fermiers.

Il est donc démontré par ce qui précède que l'emphytéose a son origine et son analogie dans l'*ager vectigalis*, et que par conséquent originairement l'emphytéose devait conférer à l'emphytéote les mêmes droits qu'avait le possesseur de l'*ager publicus*. Or, parmi ces droits figuraient le droit de possession, et peu à peu l'exercice complet des droits de propriété, à charge de ne pas détériorer le fonds et de payer le canon au *dominus*.

21. Avec Duroi, Huschke, Unterholzner, Schroeter, nous admettons, contre l'opinion de M. de Savigny, que le superficiaire aussi a une *corporis* et non pas une *juris possessio*.

On s'accorde généralement sur les droits réciproques du superficiaire et du propriétaire du fonds; tout le monde convient que le superficiaire a les actions possessoires, qu'il a les interdits *recu-*

perandae possessionis (1) qu'il a un interdit spécial *retinendae possessionis*, l'interdit *de superficiebus* (2), qui du reste ne s'écarte pas des règles de l'interdit *uti possidetis*. Le *dominus soli* de son côté ne cesse pas de posséder, il a les actions possessoires auxquelles le superficiaire peut opposer cependant l'exception tirée de son contrat (3), exception que celui-ci peut aussi opposer par forme de réplique, lorsqu'il intente lui-même l'interdit *de superficiebus* et que le *dominus soli* excipe de sa possession.

Ce qui est contesté, c'est de savoir si le superficiaire a l'interdit *de superficiebus* en qualité de *juris* ou en qualité de *corporis possessor*. M. de Savigny, contrairement à l'opinion accréditée avant lui, a soutenu que le superficiaire était un *juris possessor*. Considérée en elle-même, cette question est purement théorique, mais la discussion n'en est nullement indifférente pour arriver à des notions exactes sur la nature et les effets du droit de superficie.

A l'appui de son opinion M. de Savigny a dit :

1° Le droit de superficie n'est pas un droit de propriété, il appartient à la classe des *jura in re aliena;* donc, dans le doute, la superficie n'est susceptible que d'une *juris possessio*.

2° Le superficiaire n'a pas, comme le créancier gagiste et l'emphytéote qui ont une *corporis possessio*, l'interdit *uti possidetis;* il a un interdit spécial, de sorte que sous ce rapport il y a de l'analogie entre sa possession et celle des servitudes rurales *de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva*, etc.

3° Si l'on admettait que le superficiaire eût une *corporis possessio*, il en résulterait qu'il y aurait sur une seule et même chose deux possessions solidaires, celle du propriétaire et celle du superficiaire.

Voici notre réponse à ces arguments.

D'abord nous ferons remarquer que nulle part dans les sources la possession du superficiaire n'est qualifiée de *quasi* ou de *juris possessio*, mais qu'elle est partout désignée par le mot *possessio* ou par le mot *frui* (4).

(1) L. 1, § 5, D. XLIII, 16.
(2) Voyez le Tit. 18, Dig. Liv. XLIII.
(3) L. 3, § 7, D. XLIII, 17.
(4) L. 13, § 3, D. XX, 1. — L. 1, pr. D. XLIII, 18.

Quant au premier argument consistant à dire que le droit de superficie est un *jus in re aliena,* nous dirons que cet argument prouve trop, car si, de ce qu'il y a *jus in re,* il devait résulter que le superficiaire a nécessairement une *juris possessio,* il en serait de même de l'emphytéote, qui cependant, comme nous venons de le voir, a une *corporis* et non une *juris possessio.* Et puis, l'analogie n'existe pas entre la superficie et la servitude, mais bien entre la superficie et l'emphytéose. La servitude en effet est un élément idéal de la propriété, qui est séparé de celle-ci et constitué sur le chef d'une autre personne : *Ususfructus a proprietate separationem recipit,* dit le § 1, Inst. II, 4. La servitude est si bien un élément idéal détaché du droit de propriété, qu'elle est appelée d'un côté une *diminutio,* d'un autre côté, quand il s'agit de servitudes réelles, un *augmentum dominii* (1). Celui donc qui exerce un droit de servitude, l'exerce comme droit à lui appartenant, l'exerce en son propre nom. C'est pourquoi nous trouvons, pour désigner la servitude, les mots *juris dominium* ou *quasi dominium* (2). Or, là où il y a *juris dominium* il peut y avoir aussi *juris possessio.* Il n'en est pas de même des droits d'emphytéose et de superficie; ils ne sont pas des droits séparés de la propriété, en ce sens qu'ils constituent un *quasi dominium* dans le chef des concessionnaires. L'emphytéote, le superficiaire exercent bien les droits de propriété, mais ils les exercent au nom du propriétaire. Il ne saurait donc non plus y avoir de *juris possessio.* Du reste, s'il y avait la *juris possessio,* ces droits pourraient aussi s'acquérir par prescription. Le propriétaire en faisant une concession d'emphytéose ou de superficie ne diminue en rien ses droits de propriété; il ne choisit qu'un mode particulier de les exercer, ces droits continuent toujours d'être exercés en son nom. Il y a donc une différence énorme entre les droits de servitude d'un côté et l'emphytéose de l'autre.

Toutefois l'emphytéose et la superficie diffèrent en ce que l'emphytéose est le droit d'exercer tous les droits de propriété, tandis que la superficie est le droit d'exercer les droits de propriété sur les constructions élevées sur le sol d'autrui. Il y a encore une autre

(1) L. 5, § 9, D. XXXIX, 1; — L. 4, D. VIII, 5.
(2) L. 3, D. VII, 6; — L. 8, D. XLII, 5.

différence : l'emphytéote, comme nous venons de le voir au numéro précédent, avait dès le principe le droit de possession, il avait les interdits possessoires, le *dominus emphyteuseos* ne les avait pas; dans la superficie, qui était d'une origine postérieure, il n'en était pas ainsi; comme le propriétaire du sol demeure nécessairement propriétaire de la superficie, qui n'existe pas par elle-même et ne saurait être qu'un accessoire du sol (1), il s'ensuit que le *dominus soli* est aussi demeuré possesseur du sol et de la superficie, que le superficiaire, en d'autres termes, n'a exercé la possession qu'en mandataire. D'où il devait suivre que le superficiaire n'était pas possesseur de la superficie; et dans le principe il en fut ainsi. Mais le préteur intervint, et, *utilitatis causâ,* comme dit la L. 1, § 1, D. XLIII, 18, afin de donner au superficiaire des garanties plus étendues, afin de le dispenser de demander au *dominus soli* la cession des actions dans le cas où il aurait été troublé dans la jouissance, il lui accorda un interdit spécial, il le considéra, lui détenteur au nom d'autrui, comme propriétaire et comme possesseur, il lui accorda une action *in rem,* l'*utilis rei vindicatio,* et un interdit spécial, l'*interdictum de superficiebus.*

Le préteur ne pouvait lui accorder l'*interdictum uti possidetis,* parce que cet interdit exige la possession; il fallait donc un interdit spécial. Cette considération est la réponse au deuxième argument de M. de Savigny, qui tombe tout-à-fait dès qu'on n'admet pas l'analogie de la superficie avec la servitude.

Enfin quant au troisième argument de M. de Savigny, à savoir, que si l'on admettait que le superficiaire fût *corporis possessor,* il y aurait une *possessio duorum in solidum,* nous répondrons que par la nature des choses il ne peut y avoir non plus *dominium plurium in solidum,* et que pourtant cela est quelquefois admis *utilitatis causâ :* ainsi le possesseur de bonne foi est réputé *dominus,* et c'est sur ce fondement qu'il a l'action publicienne et qu'il fait siens les fruits séparés; cependant son droit ne détruit pas le droit du véritable propriétaire. De même *utilitatis causâ,* le superficiaire est réputé possesseur et propriétaire; il a l'*utilis vindi-*

(1) L. 2, D. XLIII, 18.

catio, il a l'*interdictum de superficiebus,* qui est en quelque sorte un *utile interdictum.*

Le droit de superficie a donc son analogie, non pas dans les servitudes, comme l'a prétendu M. de Savigny, mais dans l'emphytéose; le superficiaire n'exerce pas son droit comme élément détaché de la propriété, il n'a pas de *juris possessio,* et son droit ne saurait s'établir par prescription, et d'un autre côté, comme il ne fait qu'exercer les droits du propriétaire, il ne saurait non plus acquérir par prescription la chose elle-même : *Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest.* Par conséquent la possession du superficiaire ne s'explique que de la manière dont cela est dit à la L. 1, § 1, D. XLIII, 18 : Le préteur pour donner plus de fixité et d'indépendance aux droits du locataire d'une maison louée à long terme, lui a accordé un *utile interdictum,* l'*interdictum de superficiebus,* et une *utilis in rem actio* ou *utilis rei vindicatio.*

22. Suivant M. de Savigny et la plupart des jurisconsultes, il faut admettre que le *precarium* emporte pour le précariste le droit de possession, tandis que Schroeter (1) soutient qu'en règle générale il faut considérer le précariste comme n'étant que simple détenteur.

Nous admettons l'opinion commune fondée sur la L. 4, § 1, D. XLIII, 26, qui dit en termes généraux : *Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, etiam possidere,* et sur les textes où il est dit que la possession retourne au concédant si le précariste prend la chose en location, ce qui suppose nécessairement qu'avant la location le précariste a été possesseur (2).

Toutefois dire que le précariste possède en règle générale, ce ne serait pas résoudre la question si l'on ne cherchait en même temps à expliquer la règle et l'exception.

La règle se fonde sur ce que le *precarium,* dans son origine au moins, ne fut pas un contrat, et sur ce qu'on ne peut posséder au nom d'autrui qu'en vertu d'un contrat. Or, si le précariste ne possède pas en vertu d'un contrat, il est censé posséder *suo nomine,* quoique à l'égard de celui qui a fait la concession sa possession

(1) *Ueber den abgeleiteten Besitz.* — *Zeitschrift de* LINDE, t. II, p. 233-269.
(2) L. 21, § 3, D. XLI, 2; — L. 33, § 6, D. XLI, 3.

soit révocable, en vertu de l'*interdictum de precario* (1). Le *precarium* d'ailleurs a son origine dans les concessions que firent les patriciens des portions de territoire qu'ils occupaient à titre de *possessores,* et qu'ils concédaient au même titre à leurs clients, conservant la faculté de les révoquer à tout moment : *Patres Senatores, ideo appellati sunt,* dit Festus, *quia agrorum partes attribuebant tenuioribes perinde ac liberis propriis.* Le *precarium,* en règle générale, transfère donc la possession, et ce transport ne nuit pas au concédant, car dès qu'il révoque la concession, le temps pendant lequel le précariste a possédé, est compté au concédant pour parfaire la prescription (2).

Selon les textes : L. 15, § 2, D. II, 8; — L. 33, § 6, D. XLI, 3, l'exception se trouve dans la concession qui est faite par le créancier gagiste à son débiteur. Dans ce cas le créancier conserve la possession *ad interdicta,* le débiteur conserve celle *ad usucapionem.* Quel est le motif de l'exception?

Celui qui fait une concession précaire se réserve le droit de révocation à volonté, ainsi que l'indique le mot *precarium,* et ce droit de révocation s'exerce par l'*interdictum de precario.* Or, si l'on se reporte à l'époque où le créancier gagiste n'avait d'autre droit que le droit de possession, et que l'on suppose qu'en faisant une concession précaire à son débiteur il lui ait transféré les interdits, l'on trouvera dans cette concession quelque chose de contradictoire, car d'un côté par la concession le créancier manifesterait, puisqu'elle est faite *precario,* l'intention de vouloir conserver son droit, et de l'autre côté il s'en serait dépouillé, puisqu'il aurait transféré la *possessio ad interdicta.* Il y a là quelque chose d'inadmissible. Le créancier a-t-il voulu se dépouiller de son droit de posséder, ou l'a-t-il voulu conserver? Dans le doute ce n'est pas la renonciation qui se présume; donc l'on doit supposer que le créancier qui fait une concession de précaire à son débiteur, conserve la possession *ad interdicta.*

Ainsi s'expliquent la règle et l'exception. La règle est que le

(1) V. L. 3, § 5, D. XLI, 2; — L. 1, D. XLIII, 26. — Bulling, *Dissertation sur le precarium,* p. 36 et 37.

(2) L. 13, § 7, D. XLI, 2.

précariste possède, l'exception est que le débiteur qui reçoit du créancier gagiste le gage à titre précaire ne possède pas.

23. Le séquestre est, comme on sait, un dépositaire à qui l'on commet la garde et la conservation d'un objet litigieux. En général, tout dépositaire possède au nom d'autrui, possède au nom du déposant, et il n'en est pas autrement du séquestre; en général aussi le séquestre n'est pas possesseur véritable. Toutefois, lorsque les parties se disputent non-seulement la propriété mais encore la possession de la chose, et qu'elles conviennent de constituer le séquestre possesseur de la chose durant l'instance au pétitoire ou au possessoire, le séquestre sera possesseur (1).

Cette clause des parties qui se disputent la possession et qui conviennent que le séquestre possédera pour que la possession ne profite ni à l'une ni à l'autre d'entre elles, s'explique par ces deux considérations : 1° que dans l'*interdictum utrubi* la possession était adjugée à celui qui avait possédé pendant la plus grande partie de l'année (2); et 2° que l'usucapion proprement dite n'était pas interrompue par la litiscontestation, comme l'était la *longi temporis possessio*, que par conséquent constituer le séquestre possesseur, c'était, comme le dit la L. 39, D. h. t., un moyen d'interrompre l'usucapion.

24. On a soulevé au sujet du séquestre qui est possesseur lorsque les parties ont voulu lui transférer la possession, la question de savoir si la clause de constituer possesseurs les autres détenteurs au nom d'autrui, le commodataire, le locataire, serait obligatoire et transférerait à ces détenteurs les droits de la possession.

Cette question est diversement résolue par les jurisconsultes. M. de Savigny (§ 25) partant du principe que l'*animus domini* est la règle, et que toute possession où il n'y a pas *animus domini* est l'exception, dit que ce n'est qu'en vertu de la loi, que la possession peut être admise là où il n'y a pas *animus domini;* donc il faut, dit-il, limiter l'admissibilité de la clause aux cas pour lesquels elle

(1) L. 39, D. h. t.; — L. 17, § 1, D. XVI, 3.

Dans cette dernière loi il faut rapporter les mots *deposita est* à *possessio* et non pas à *res*, comme l'indiquent et le sens et la place qu'occupe le mot *possessio*.

(2) Gaius, IV, § 150. — L. 166, D. L, 16.

est formellement établie par les textes, comme il arrive dans le séquestre (1).

Schroeter, Thibaut, Wening et d'autres disent qu'en règle générale tout droit patrimonial est transmissible, que la possession l'est aussi, que cela est prouvé entr'autres pour le cas de séquestre, pour le cas de gage, et que par conséquent rien ne s'oppose à ce que les droits de la possession, surtout lorsqu'il y a détention, ne soient transférés en vertu de la convention des parties.

Nous ajouterons que le précaire prouve que quiconque détient est censé posséder en son nom, et que ce n'est que le contrat qui puisse établir le contraire. Or, ce qui est l'effet du contrat, peut disparaître en vertu du contrat. Par ces motifs aussi nous préférons la dernière opinion; les prémisses d'ailleurs de l'opinion première, à savoir que l'*animus domini* est la règle et que les autres cas de possession forment l'exception, ne sont nullement démontrées. Il faut donc partir de cet autre principe, qu'en règle générale tous les droits patrimoniaux sont transmissibles et que la possession n'est pas exceptée, que dès lors rien ne s'oppose à ce que la convention des parties ne transfère les droits de la possession au locataire, au commodataire, comme elle peut les transférer au séquestre, ou les ôter au précariste (2).

25. Plusieurs personnes peuvent posséder une seule et même chose pour des quotes-parts, *pro indiviso,* leur possession est alors commune (*compossessio*), de même que plusieurs peuvent, pour des quotes-parts, être propriétaires d'une seule et même chose, auquel cas la propriété est commune (*condominium*). Dans ce cas ce n'est qu'en apparence que la même chose est possédée par tous; en réalité chacun ne possède que sa part, nullement la part des autres; car il importe peu que les parts soient matériellement ou intellectuellement séparées, les parts intellectuelles ne sont pas moins des parts, et ce sont ces parts intellectuelles que chacun possède (3).

Une chose peut aussi être pour plusieurs personnes un objet de possession, dit Muhlenbruch, en ce sens que l'une soit *corporis,*

(1) L. 39, D. h. t.; — L. 17, § 1, D. XVI, 3.
(2) V. L. 6, § 2, D. XLIII, 26. — L. 10, § 1, D. XLI, 2.
(3) L. 26, D. h. t.

l'autre *juris possessor*. Ainsi quand une chose est l'objet d'un usufruit, le propriétaire est *corporis possessor*, l'usufruitier ne fait que détenir la chose au nom du propriétaire, il possède la chose *naturaliter*, comme dit la L. 12, D. h. t. Mais le même usufruitier a une *juris possessio* (1). Pourquoi? Nous en avons vu le motif plus haut. L'usufruit, comme toute servitude, est considérée comme une partie intellectuelle, comme un élément séparé de la propriété; donc en ce cas ce n'est qu'en apparence que la même chose est possédée par plusieurs, car d'une part c'est le *corpus* même qui est l'objet de la possession, et d'autre part, c'est le *jus*, un des *jura dominii*, considéré comme un *dominium juris*.

Néanmoins plusieurs personnes ne sauraient posséder la même chose *in solidum*, ni en avoir la propriété *in solidum*. *Celsus filius ait.... duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse* (2). Ici cependant les textes paraissent être opposés, et les jurisconsultes romains avoir différé d'avis, au point que quelques auteurs considèrent Pomponius comme ayant admis, à la L. 15, § 4, D. XLIII, 26, une opinion contraire à celle que nous venons d'exprimer. Toutefois, selon nous, il n'y a nulle opposition; il est impossible que deux personnes possèdent à la fois une seule et même chose, parce que, comme le disent Paul et Labéon, à la L. 3, § 5, D. h. t., *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*. De ce principe découle cette règle pour la perte de la possession, à savoir que la possession est nécessairement perdue pour l'un dès qu'elle est acquise à l'autre.

Mais ici se présente une considération : la possession qu'on a perdue d'une manière illicite, est-elle réellement, ou du moins est-elle totalement perdue? La possession dont j'ai été dépouillé *vi*, ou qu'un autre tient de moi *precario*, la possession dans laquelle je puis rentrer au moyen de l'*interdictum de vi* ou *de precario*, est-elle perdue pour moi? Oui, au point de vue de la possession considérée en soi; non, eu égard aux interdits, si je suis encore dans le délai utile pour les intenter. Il y a plus : eu égard aux interdits

(1) L. 17, D. XLIII, 16.
(2) L. 5, § 15, D. XIII, 6. — Comp. L. 3, § 5, D. XLI, 2.

il y a des cas où deux personnes différentes peuvent les intenter, et peuvent en ce sens être dites posséder. C'est ce que décident Pomponius à la L. 15, § 4, D. XLIII, 26; — Ulpien, à la L. 3, D. XLIII, 17. — Sabinus et Trébatius à la L. 3, § 5, D. XLI, 2.

Arrêtons-nous un instant à chacun de ces textes?

Celui qui a acquis un *precarium*, a acquis la possession sans aucun doute, dit la L. 15, § 4, D. XLIII, 26; mais on a douté si celui qui fait la concession ne possède pas aussi; et l'on a admis que l'esclave qui a été donné *precario*, est au pouvoir de celui qui l'a reçu et de celui qui l'a donné; du premier parce qu'il le possède corporellement, du second, parce que celui-ci n'a pas cessé de le posséder *animo*. — Que veut dire cette dernière phrase? Elle se rapporte évidemment à l'*interdictum de precario*, qui est fondé uniquement sur l'intention de celui qui a fait la concession. De sorte que la possession en soi consistant dans l'*animus* et dans le *corpus*, ne peut appartenir qu'à un seul; donc c'est le précariste qui possède et qui possède seul. Ce qui le prouve, c'est que la L. 13, § 5, D. XLI, 2, citée plus haut, admet l'accession de la possssion au profit du concédant qui a révoqué le *precarium*, d'où il suit qu'il avait cessé de posséder, sans quoi il ne pourrait être question d'accession. Ce qui le prouve encore, c'est que l'*interdictum de precario* est un *interdictum recuperandae possessionis*. Mais eu égard à l'*interdictum* la possession ou plutôt le droit de possession n'a pas cessé pour celui qui a fait la concession précaire, car il lui reste l'interdit au moyen duquel il récupère la possession, et cet interdit, il l'a en même temps que le précariste a contre tous autres qui commettent un trouble ou une spoliation, l'*interdictum uti possidetis et unde vi*, de sorte que, eu égard aux effets de la possession, deux personnes différentes peuvent les revendiquer. Telle est l'opinion de Pomponius à la L. 15, § 4, D. XLIII, 26, de Sabinus et de Trébatius à la L. 3, § 5, D. XLI, 2. D'ailleurs, ne voyons-nous pas dans le *pignus* que le créancier peut revendiquer pour lui les actions possessoires, tandis que le débiteur conserve le bénéfice de l'usucapion.

Telle est aussi l'opinion d'Ulpien à la L. 3, D. XLIII, 17, qui au sujet d'une possession acquise par violence se livre aux mêmes

considérations que les jurisconsultes précédents au sujet de la possession précaire. Voyons, dit Ulpien, ce qui en est de la possession de plusieurs *in solidum?* Cette possession serait-elle admissible en ce sens que l'un possédât justement, l'autre injustement? Je possède une chose *ex justa causâ;* votre possession du même objet est violente ou clandestine; si c'est de moi que vous possédez ainsi, vous succomberez en vertu de l'*interdictum* que j'ai contre vous; si ce n'est pas de moi que vous avez acquis ainsi la possession, vous ne succomberez pas, et moi non plus; car moi j'aurai l'interdit contre celui qui m'a dépossédé et vous l'aurez contre ceux qui vous déposséderaient. Qu'est-ce à dire? C'est que, comme l'*interdictum unde vi* est personnel, ne peut être intenté que contre l'auteur de la violence, il se peut qu'au sujet de la même chose deux personnes différentes aient les actions possessoires, ou, pour me servir des expressions d'Ulpien, que deux personnes possèdent eu égard aux actions possessoires.

Toutefois cette duplicité de la possession, dont Pomponius et Ulpien parlent, le premier au titre de l'interdit *de precario* (D. XLIII, 26), le second au titre de l'interdit *unde vi* (XLIII, 17), est critiquée par Labéon et Paul à la L. 3, § 5, D. XLI, 2, pour le motif que la possession d'une chose en soi ne peut appartenir qu'à une seule personne *in solidum*. Comme le dit cette loi, au fond il importe peu qu'on possède justement ou injustement; la possession est là où est l'*animus* et le *corpus*, et si toute possession injuste a quelque chose de précaire parce qu'elle laisse au spolié les actions *recuperandae possessionis*, le temps seul suffit cependant pour la rendre définitive, et pour la protéger même contre l'action revendicatoire; de sorte qu'au fond il n'y a pas d'opposition entre les lois citées. Il suffit de considérer les titres où ces textes sont placés, pour en tirer cette conclusion, que les actions possessoires peuvent appartenir à plusieurs personnes, comme l'action revendicatoire peut appartenir à plusieurs, à l'un directement, à l'autre *utiliter* ou sous la forme de la publicienne; et cependant la propriété n'est qu'une, la possession n'est qu'une, et il demeure établi qu'il n'y a pas de *possessio duorum in solidum*, règle qui est fondamentale quand il s'agit de l'acquisition et de la perte de la possession, et qui ne souffre d'exception d'aucune nature.

DE L'ACQUISITION DE LA POSSESSION, EN GÉNÉRAL.

Sommaire.

26. Pour acquérir la possession, il faut l'*animus* et le *corpus*.

27. Du *corpus possessionis*. — Pour caractériser le fait qui réalise la volonté, il faut distinguer entre la possession transmise, et la possession qui s'acquiert par un acte unilatéral, soit par une *occupatio* si la possession est originaire, soit par une *dejectio*. — Comment se transmet la possession d'un immeuble? comment celle d'un objet mobilier?

28. Suite. — La marque apposée à un objet du consentement du transmettant opère-t-elle tradition?

29. Des traditions que les commentateurs ont appelées symboliques.

30. Suite. — Opinion de M. Troplong sur les traditions symboliques en droit romain et en droit français. — Controverse.

31. De la tradition en droit français, dans ses rapports avec la règle que la propriété se transmet par le seul effet des conventions, et avec cette autre règle, qu'en fait de meubles possession vaut titre. — Comparaison entre le droit français et le droit romain.

32. On peut acquérir la possession de tout ou partie d'une chose. — Peut-on acquérir la possession d'une partie non déterminée, *incerta pars*?

33. Peut-on posséder comme choses distinctes, *ut singulae res*, les parties d'un tout connexe. — Doctrine des auteurs.

34. Suite. — Solution de la question d'après les règles sur l'acquisition de la possession.

35. Suite. — Exception concernant les matériaux unis à des constructions, et motifs de cette exception.

36. Suite et résumé.

37. Quand il s'agit d'un tout non connexe, possède-t-on le tout ou les *singulae res?*

38. Examen selon notre droit moderne des questions résolues sous les n°s 33 à 38.

39. De la règle *nemo sibi ipse possessionis causam potest mutare*. — Extension et rapport de cette règle avec l'*usucapio pro herede* dans l'ancien droit. — Quelle en est la signification sous la législation de Justinien? — Exemples et applications. — Remarques sur le droit français.

40. L'aliénation d'un immeuble, faite de mauvaise foi, et à l'insu du propriétaire, par le détenteur au nom d'autrui, bien qu'elle constituât une interversion légale du titre, était cependant un obstacle à la prescription ordinaire, en droit romain, mais elle ne l'est pas en droit moderne.

26. Comme la possession, d'après la définition que nous avons donnée plus haut, consiste dans la puissance de la volonté personnelle sur une chose impersonnelle, il suit qu'il faut, pour acquérir la possession, l'*animus* et le *corpus*, c'est-à-dire, 1° la volonté de posséder, l'*animus*, qui est un *animus domini* ou du moins *suo nomine possidendi* quand il s'agit de la possession proprement dite; et 2° le fait qui réalise cette volonté, le *corpus*, c'est-à-dire *corpus animi*. *Et adipiscemur possessionem*, dit Paul à la L. 3, § 1. D. h. t, *corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.*

L'*animus* seul ne suffirait pas. Les intentions ne sont pas du ressort de la justice humaine. *In jure quod non apparet, non est. Nemo cogitationis poenam patitur.* Et si quelques textes (1) disent que quelquefois la possession s'acquiert *nudâ voluntate* ou *solo animo*, ces expressions se rapportent à des cas où la détention corporelle a préexisté à l'*animus*. En effet, comme le commodataire, le locataire, le dépositaire détiennent déjà la chose, il est évident que dès que celui au nom duquel ils la détiennent, consent à ce qu'ils possèdent en leur propre nom, la possession leur est transmise par cette volonté; mais elle ne l'est pas sans le *corpus possessionis*, car le *corpus* a préexisté. C'est un des cas que les anciens interprètes ont qualifiés de *traditio brevi manu.*

D'un autre côté, un *corpus* sans *animus*, qui ne serait qu'une simple apparence de volonté, ne suffirait pas non plus. Je puis entrer familièrement dans la propriété d'un ami, je puis avoir un trésor caché dans ma maison, dans ma terre : un tel rapport, purement extérieur et dénué de volonté, n'est rien; il peut constituer une possibilité de posséder, mais tout rapport extérieur, si rapprochée que soit la personne de la chose, n'est d'aucune considération tant qu'il n'est en lui-même la réalisation de l'intention de posséder pour soi. *Qui nescit, non possidet*, dit la L. 3, § 3, D. h. t. C'est pourquoi le furieux, et le pupille qui n'est capable d'aucun entendement, ne peuvent par eux-mêmes acquérir la pos-

(1) L. 3, § 3, D. h. t.; — L. 62, D. XXI, 2; — L. 9, § 9, D. XII, 2, etc.

session; mais la loi civile leur vient en aide, puisque le tuteur et le curateur peuvent acquérir pour eux (1).

27. Pour nous, la possession n'est pas la possibilité de disposer d'une chose avec l'intention de posséder, elle est la volonté de posséder qui s'est réalisée; donc le *corpus* ne consiste pas dans une possibilité, mais dans le fait qui réalise l'intention de posséder ou, comme le dit Muhlenbruch, dans le *factum quod rem de qua quaeritur, potestati subjiciat acquirentis.* Or quel est ce fait? *Quod quidem fieri,* dit le même auteur, *nisi in ipsius rei praesentia plerumque nequit;* et plus loin il ajoute que lorsque la possession nous est acquise autrement que par tradition, la présence de la chose ne suffit pas, mais qu'il faut en outre un contact immédiat. De sorte que l'auteur distingue, pour décrire ultérieurement le *corpus,* entre la *traditio,* c'est-à-dire une possession transmise, et la possession acquise par un acte unilatéral, lequel acte unilatéral est, ou bien un acte constitutif de la possession ou de la propriété même, ou bien un acte qui dans sa forme constitue le vol ou la violence.

Lorsqu'il s'agit d'un acte constitutif de la possession, il faut qu'il soit de nature à établir définitivement l'empire de la volonté de l'homme sur la chose; ainsi il faut que le gibier soit non-seulement blessé mais abattu à nos pieds, ou s'il est pris dans des filets, qu'il ne puisse plus s'en échapper; il faut que le trésor soit mis à découvert et qu'on n'ait plus qu'à y mettre la main (2). S'agit-il d'une terre que l'on pouvait acquérir en droit romain par droit d'occupation, d'une île de la mer par exemple, il faut des établissements, il faut la culture du sol, il faut des limites entre les terrains non défrichés et ceux qui le sont déjà (3).

L'acte unilatéral par lequel on acquiert la possession, peut aussi constituer un vol ou une spoliation. Alors la possession n'est pas, comme au cas précédent, un droit à l'égard de tous, mais seulement à l'égard de ceux qui n'ont pas été lésés par le vol, par la violence; mais elle n'en est pas moins une possession, sauf les

(1) L. 1, §§ 3 et 20, D. h. t.
(2) L. 5, § 1; et L. 55, D. h. t; — L. 15, D. X, 4; — L. 3, § 3, D. h. t.
(3) V. Donellus, *Comment. jur. liv.*, L. IV, ch. 10.

actions au moyen desquelles le lésé peut récupérer sa possession perdue, ainsi que nous le verrons plus bas.

Si la possession originaire et en général toute possession acquise par un acte unilatéral exigent en quelque sorte, pour que l'intention se traduise en réalité, un contact immédiat de la personne et de la chose, *occupatio, contrectatio, vis,* il n'en est pas de même de la possession transmise, c'est-à-dire de la possession que nous acquérons en vertu du concours de la volonté du possesseur avec la nôtre. En effet, lorsqu'un objet est déjà possédé, lorsqu'il a déjà subi l'empire de la volonté, le seul obstacle que rencontre l'acquisition de la possession, c'est la volonté du possesseur actuel; par conséquent si cette volonté est acquise à celui qui veut posséder, la possession par cela même le sera, pourvu que celui qui transmet la possession à l'acquéreur soit réellement possesseur, et que nul autre que lui ne possède la chose, en d'autres termes, pourvu que la possession qu'on nous transmet soit *vacua,* comme le disent nos textes. Or, lorsqu'il s'agit de meubles, il n'est pas bien certain qu'elle soit *vacua;* que si la transmission s'en fait *re praesenti,* alors seulement il est montré que ces objets existent, et qu'ils ne sont pas au pouvoir d'une personne autre que le transmettant.

Il y aurait suivant quelques auteurs un seul cas où la *praesentiae rei* ne serait pas requise, ce serait celui où le transmettant, le vendeur, aurait fait déposer les objets au domicile même de l'acquéreur. Dans ce cas l'acquéreur serait saisi, serait nanti de la chose, car on possède ce qu'on a dans sa maison si on le sait et si on le veut (1). Nous n'admettons pas cette exception, qu'on veut fonder sur la L. 18, § 2, D. XLI, 2, car il résulte de cette loi que la possession est transmise parce que le vendeur a consenti à envoyer la chose au domicile de l'acheteur : *Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.*

Mais, quoiqu'il en soit de cette question, toujours est-il que les textes se bornent à dire que la possession doit être *vacua;* quand

(1) C'est à cause de ce cas particulier que Muhlenbruch dit : PLERUMQUE, *in re praesenti....* (§ 239).

il s'agit de la possession d'immeubles, et qu'ils requièrent la *rei praesentia* quand il s'agit du transport d'objets mobiliers.

D'après ces principes la possession d'un immeuble nous est acquise lorsque le transmettant nous l'indique à une certaine distance d'où on peut l'apercevoir, si toutefois la possession est *vacua : si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem* (1). Relativement à cette loi il faut remarquer que la possession est *vacua,* lorsque personne ne détient la chose *cum animo sibi habendi.* Par conséquent lorsqu'il y a un détenteur naturel qui n'a pas les interdits, qui ne possède qu'au nom du transmettant, un *missus in possessionem rei servandae causâ* par exemple, la possession se transmet; et si la L. 2, § 1, D. XIX, 1, dit que la possession n'est pas censée avoir été transmise *vacua* à l'acheteur dans l'hypothèse où un autre détient la chose *legatorum servandorum causâ,* cela ne veut pas dire que la possession n'est pas transmise, mais seulement que le vendeur doit en vertu du contrat non seulement transmettre la possession, mais la transmettre de telle sorte que l'acheteur puisse la garder; en d'autres termes qu'il n'a pas satisfait au contrat de vente, et qu'il est censé n'avoir pas transmis la possession, en ce sens qu'il n'a pas accompli l'obligation *ex vendito,* que par conséquent l'acheteur n'est pas obligé de payer, et n'est pas tenu du chef de l'éviction si l'éviction est la suite de ce gage prétorien.

La possession des meubles nous est transmise, soit qu'on nous les remette de la main à la main, soit qu'en présence des objets on déclare nous en faire la remise ou la tradition : *Nam tum,* dit la L. 79, D. XLVI, 3, *quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi et quodammodo* MANU LONGA *tradita existimanda est*

Il en est de même si en présence de l'objet le transmettant consentait à le remettre à notre mandataire.

On peut, dit la L. 1, § 21, D. h. t., acquérir aussi la posses-

(1) V. L. 52, § 2, D. h. t.; — L. 2, § 1, D. XIX, 1; — L. 2, C. VIII, 32.

sion *oculis et affectu, si in re praesenti consenserint*... Il en serait de même, ajoute ce texte, si je convenais avec mon débiteur qu'il remettra la somme qu'il me doit, à un tiers. Dans ce cas la somme serait censée m'avoir été remise, et dès que le tiers l'aurait reçue il y aurait dans cet acte deux traditions, d'abord celle que mon débiteur m'aurait faite, et ensuite celle que j'aurais faite au tiers par l'entremise de mon débiteur, traditions que la *celeritas conjungendarum inter se actionum,* comme dit la L. 3, § 12, D. XXIV, 1, aurait réunies dans un seul acte. C'est là encore un cas de *traditio brevi manu* selon les interprètes.

Il en serait de même encore si au lieu d'appréhender la chose j'en avais commis la garde à quelqu'un (1), ou bien si le transmettant m'en avait remis les clefs en présence des greniers ou des caves où les objets à livrer sont enfermés, ou si en présence de ces objets il m'avait remis les titres de son acquisition (2).

En un mot, si la possession s'acquiert par transmission, le consentement du *tradens,* lorsque la possession de l'immeuble est *vacua* ou lorsque la chose mobilière est présente, suffit pour nous en faire acquérir la possession.

28. Ce principe n'est pas démenti par la L. 1 pr. et § 2, D. XVIII, 6; car si cette loi déclare que l'acheteur d'une futaille de vin n'en a pas acquis la possession pour y avoir apposé sa marque, cette loi nous en indique le motif; la marque peut y être apposée dans une intention autre que celle de recevoir livraison, dans l'intention d'empêcher qu'une autre futaille ne soit substituée à celle qui a été vendue. En effet la L. 1 pr. nous montre que dans la vente d'une futaille de vin, le risque et péril de l'acidité, demeure après la vente à la charge du vendeur jusqu'à la dégustation. Or si la marque emportait tradition, le vendeur serait déchargé de ce risque, même avant la dégustation; c'est pourquoi l'on présume que la marque est apposée plutôt pour qu'il ne se fasse pas de substitution d'espèce. En dehors de ce cas l'on admettra avec la L. 14, § 1, D. XVIII, 6, que la marque apposée

(1) L. 51, D. XLI, 2.
(2) L. 74, D. XVIII, 1; — L. 1, § 21, D. h. t.; — L. 1, C. VIII, 54.

à un objet, du consentement du transmettant, opère tradition, ainsi que cette loi le décide à l'occasion d'une certaine quantité de poutres qui ont été vendues et marquées.

Muhlenbruch, dans sa dernière édition, a cherché à ramener la différence qui existe entre ces deux lois, à cette distinction dont il nous est impossible d'entrevoir le fondement, à savoir que la marque de choses non renfermées dans un autre contenant, opère tradition, d'où la conséquence qu'il en est autrement de vin, d'huile, et de tout liquide, ainsi que de toute chose contenue dans une autre. Le motif, nous ne pouvons l'entrevoir, car dans l'une comme dans l'autre catégorie de choses, la substitution est possible. Or il y a à rechercher pourquoi cette présomption doit être admise quand il s'agit de vins, tandis que, lorsqu'il s'agit d'autres choses, la présomption de tradition l'emporte. Pothier (1) distingue entre les choses de grand poids et celles d'un moindre poids, comme si chez les premières la marque opérait tradition et non chez les dernières. Mais cette distinction ne saurait non plus être admise comme règle; le cas de la L. 1, D. XVIII, 6, déjà répugnerait à son application. Il faut donc admettre l'explication que nous avons donnée de cette dernière loi et regarder la L. 14, § 1, D. XVIII, 6, comme étant l'application d'une règle générale, à laquelle la L. 1, D. *eod.* déroge pour le motif que nous avons indiqué.

29. Il est bon de remarquer que dans les cas où le droit romain admet la tradition, il n'y a rien de symbolique, rien de fictif. En effet si la possession est transmise, c'est en vertu du principe : que quand la possession s'acquiert par transmission, il n'est pas nécessaire qu'on appréhende la chose *corpore et tactu*, comme dit la L. 1, § 21, D. h. t., mais qu'il suffit de la volonté du transmettant exprimée en présence de la chose, si la possession est *vacua*, pour que cette possession nous soit acquise *oculis et affectu*, comme dit la même loi. Par les actes que nous venons de signaler d'après les textes, la chose est soumise à notre pouvoir d'une manière aussi certaine qu'elle le serait par l'appréhen-

(1) *Traité de la propriété*, n° 5.

sion corporelle, par l'occupation proprement dite, si la chose n'avait encore été possédée par personne; l'acquéreur est devenu possesseur, il a les interdits, et s'il y a *justa causa,* il est devenu propriétaire envers et contre tous.

En parlant de possession symbolique, nous avons touché un point qui a été l'objet de bien des méprises, et sur lequel règne beaucoup de confusion. Et d'abord demandons-nous à quelle condition l'on pourrait admettre qu'une possession fût symbolique. Serait-ce à la condition que la possession n'eût pas été acquise *corpore et tactu?* Évidemment non, car la possession peut être acquise autrement et selon le droit romain d'une manière tout aussi réelle en vertu du seul consentement, pourvu que la possession soit *vacua* et que la chose soit présente. La tradition ne pourrait être qualifiée de symbolique et de fictive, que si elle était faite en dehors de la *rei praesentia.* Prenons un exemple. Titius donne à Sejus les clefs d'un magasin situé à dix lieues de Rome : Sejus est-il possesseur? Non, car cette remise peut n'être qu'une déception, il se peut que le même jour, en vertu d'une autorisation donnée auparavant par Titius, une autre personne ait enlevé les marchandises. Or il est évident que ce tiers possédera, qu'il aura acquis la propriété, et que par conséquent dans ce cas la remise des clefs faite à Sejus est un acte de nul effet, un acte illusoire. La remise des clefs faite à une certaine distance de l'objet ne saurait donc être envisagée que comme une tradition tout au plus problématique et *hic et nunc* dépourvue de réalité. Il en serait de même de la remise des titres, si elle était faite en dehors de la présence de l'objet. Or le droit romain ne connaît que des traditions efficaces, c'est pourquoi il veut que la possession soit *vacua,* que la tradition se fasse *in rei praesentia;* il n'a pas admis que la fiction pût représenter la réalité; en d'autres termes, il a repoussé la tradition symbolique, en ce sens que la chose à livrer fût représentée par une autre, par exemple par une clef, par un titre. Le nom même ne se trouve pas dans le droit romain, et la chose encore moins.

C'est en vain qu'on a voulu fonder le système de la tradition symbolique et fictive sur la L. 1, C. VIII, 54; car si ce rescrit

déclare que la possession de certains esclaves a pu être transmise à titre de donation, en vertu de la remise que le donateur a faite au donataire de son titre de vente, c'est qu'il faut admettre, comme le dit M. de Savigny, que cette remise s'est faite *in rei praesentia*. La L. 1, C. VIII, 54, ne le dit pas formellement, il est vrai, mais cette condition paraît cependant résulter de son texte, et en vertu des principes généraux on doit l'admettre. Cette loi n'est qu'une décision sur un cas donné; donc toutes les circonstances ne sont pas indiquées; rien ne nous autorise dès lors à nous écarter des lois du Digeste qui, toutes les fois qu'elles indiquent en général les conditions requises pour le transport de la possession, insistent sur la nécessité de la *rei praesentia* (1).

Cependant les anciens auteurs parlent généralement de traditions symboliques. Mais il importe de remarquer qu'ils le font en des sens différents. Chez les uns la tradition qu'ils appellent symbolique n'est qu'une fiction, un acte dépourvu de toute réalité; et cette tradition, où les clefs par exemple ou bien les titres sont censés représenter la chose même, peut se faire hors de la présence de l'objet. Telle était la doctrine de Brunemann, de Tiraqueau et de Pothier (2).

D'autres admettent une tradition symbolique dans un sens différent. Selon eux la *praesentia rei* était toujours requise, et par conséquent la tradition symbolique dans le sens de ces auteurs n'est pas une fiction. Cette opinion a été embrassée par Dumoulin, Voet, Vinnius, Merlin (3). Dans le sens de ces auteurs, de Dumoulin surtout, la qualification même de tradition symbolique peut se justifier. En effet, s'il est vrai de dire que le type de toute possession, est la possession originaire, l'occupation, s'il est vrai que pour constituer la possession sur une *res nullius*, il faille le *corpus* et le *tactus*, le contact immédiat ou médiat, si les choses mobiliè-

(1) Voyez L. 1, § 21, D h. t.; — L. 79, D. XLVI, 3; — L. 14, § 1, D. XVIII, 6; — L. 74, D. XVIII, 1, etc.

(2) V. Pothier, *Vente*, n° 314.

(3) Dumoulin, *Cout. de Paris*, des fiefs, § 20. Glosse 5, n° 14; — Voet, *Ad Pandectas*, Liv. 12, tit. 1, n° 5; — Vinnius, § 44, Inst. II, 1; — Merlin, *Rep. Univ.*, v° Tradition (5e édit., vol. 34, p. 348-350).

res doivent être appréhendées ou retenues dans les filets ou dans les lacets qu'on a dressés, si le sol doit également avoir été transformé sous la main de l'homme, on peut dire que lorsque la possession est constituée, lorsqu'il s'agit seulement de la transmettre, le rapport qui s'établit entre la personne et la chose du consentement du transmettant *oculis et affectu,* par la volonté et dans la présence de la chose, est équipollent à l'acte primitif de l'appréhension manuelle. C'est ainsi que la question a été envisagée par Dumoulin, qui enseigne que la mise en possession se fait *vel per realem traditionem fundi venditi, vel per aliud aequipollens, puta precarium constitutum, vel retentionem ususfructus, vel traditionem clavium in praesentia rei.*

De sorte que les auteurs appellent tradition symbolique toute tradition qui se fait autrement que *tactu et corpore,* mais que les uns requièrent dans la tradition symbolique même la *rei praesentia,* auquel cas la tradition n'est pas dépourvue de réalité, et le mot symbolique peut même s'expliquer dans ce sens quoiqu'il ne se trouve pas dans les textes, tandis que les autres plaçant le symbole dans la représentation de la chose par une autre chose, admettent que la tradition peut se faire en l'absence de l'objet. Mais dans ce cas la tradition ainsi comprise n'est qu'une fiction empruntée aux idées du moyen âge « le monde des symboles et des formes matérielles, où tout ce qu'il y avait d'abstrait et de moral dans l'homme venait se traduire en réprésentations corporelles, et où le droit n'était qu'une perpétuelle allégorie » (1).

30. M. Troplong émet sur les traditions symboliques des idées qui lui sont tout-à-fait particulières; au point de vue du droit romain, il se joint à M. de Savigny pour critiquer les interprètes qui ont vu généralement le symbole et la fiction dans les actes qui constituent un transport autrement opéré que *corpore et tactu,* mais il prétend que les interprètes n'ont pas eu tout-à-fait tort, et que s'il y a des cas où il n'y ait pas de fiction, comme celui de la remise des clefs, celui de la tradition *brevi manu* lorsque le trans-

(1) Paroles de M. Troplong, *De la Vente,* n° 271. — V. *Decret. Gregorii,* Lib. I, t. IV, p. 26.

mettant consent à ce que l'acquéreur qui détient déjà la chose, la possède en son propre nom, il y en a d'autres où la fiction ne saurait être contestée; et sous ce rapport la nouvelle école qui a rejeté les traditions symboliques ne lui paraît pas exempte de reproches et d'erreurs (1).

Pour montrer la fiction en droit romain, M. Troplong se prévaut surtout de deux textes, la L. 1, § 21, D. h. t; et la L. 74, D. XVIII, 1.

A la première de ces lois, Paul déclare que la possession est transmise, lorsque l'acheteur donne l'ordre au vendeur, qui l'accepte, de remettre la chose à son possesseur. L'acceptation de ce mandat en présence de la chose implique ici tradition, parce que, dit le texte, il n'est pas nécessaire d'appréhender la chose corporellement, *corpore et tactu*, mais qu'on peut aussi l'appréhender *oculis et affectu*. C'est le mot *oculis* qui renferme, selon M. Troplong, le symbole, l'allégorie (n° 268). Il ne s'est pas aperçu que la vue de l'objet n'est mentionnée que parce qu'elle implique sa présence, et qu'elle permet de vérifier que la possession est *vacua*. Pour que la tradition, dans l'espèce de la L. 1, § 21, ne lui apparût pas comme symbolique, il faudrait, comme il le dit, que le transport pût se faire en règle générale par la seule volonté des parties, et en l'absence de la chose. Mais c'est précisément là ce qui, selon les textes, dépouillerait la tradition de toute réalité.

Puis, au sujet de la L. 74, D. XVIII, 1, qui requiert que la remise des clefs, pour opérer tradition, se fasse en présence des greniers, *apud horrea*, M. Troplong se demande pourquoi cela est exigé; et il répond : parce qu'il faut que je voie la chose pour que je sois censé la posséder, parce qu'il faut que je lui donne un coup-d'œil pour pouvoir la saisir. Or, dit-il, si ce coup-d'œil n'est pas une fiction, si ce n'est pas une allégorie pour signifier la prise de possession manuelle, quel sens donnera-t-on à cet acte?

Nous répondrons que si le droit romain avait requis la remise *apud horrea* pour un tel motif, il y aurait là quelque chose de ridicule. Mais ce motif ne se trouve que dans l'interprétation de

(1) Troplong, *De la Vente*, n° 267 (sur l'art. 1607).

M. Troplong. La présence de l'objet n'est pas exigée pour rendre possible ce coup-d'œil, cette espèce de pantomime du regard qui, d'après M. Troplong, doit nous représenter l'appréhension manuelle. Nous l'avons déjà dit : si la remise des clefs était faite à une certaine distance des greniers, elle pourrait n'être qu'une déception; car à quoi servent les clefs si au moment de la tradition les marchandises se trouvent au pouvoir d'un autre, peut-être du consentement du *tradens*. Ainsi M. Troplong voit la fiction dans la présence de l'objet, c'est-à-dire dans ce qui donne de la réalité au transport de la possession, puisque la vue, la présence de l'objet, peut seule assurer l'acquéreur que la possession est *vacua*, que ce n'est pas un simulacre de transport qui lui a été fait par le transmettant. L'école moderne ne saurait donc accepter la censure dont elle a été l'objet de la part de M. Troplong.

L'erreur de cet auteur, qui consiste à voir la fiction où elle n'est pas, l'a d'ailleurs conduit aux conséquences les plus singulières. Selon lui, dans la remise des clefs faite *apud horreu*, il y a du symbole et de la fiction. Mais cette même remise faite à distance des objets, serait une tradition réelle et non fictive. Sur cette opinion de M. Troplong, M. Duvergier (1) présente une remarque qui tend à faire ressortir l'erreur que nous venons de signaler : « Néanmoins on peut croire, dit-il, que dans quelques cas rares, l'éloignement de la marchandise vendue modifie les effets ordinaires de la remise des clefs. Si en droit romain il fallait que la remise des clefs eût lieu *apud ipsum locum in quo res conditae sunt*, ce n'est pas que l'on considérât la faculté de se servir d'une chose comme incomplète, si elle n'était accompagnée d'un fait de prise de possession, ne fût-ce que d'un coup-d'œil jeté sur la chose pour l'occuper, mais par cette raison plus solide que donne Vinnius, qu'il n'y a de tradition que si les choses vendues sont à l'instant même soumises à notre pouvoir. »

D'un autre côté, au sujet de l'art. 1606 du Code civil, M. Troplong félicite les rédacteurs du Code d'avoir banni la fiction des modes de transport indiqués par cet article. En effet, au point de

(1) *Traité du contrat de Vente*, I, n° 248.

vue de cet auteur, l'art. 1606 ne requiert pas que la remise des clefs soit faite en présence des objets; il admet même que le transport peut se faire par le seul consentement, et selon M. Troplong, les objets ne devraient pas être présents. Donc dans le système de cet auteur, comme la présence de l'objet rend la tradition fictive, comme à cette présence se rattache la démonstration symbolique du geste ou du regard, il ne peut pas y avoir de fiction dans les modes de transport que l'art. 1606 énumère outre la tradition manuelle.

Cependant plus loin, au n° 281, M. Troplong convient qu'au cas où la tradition ne peut se faire au moment de la vente, vu l'éloignement de l'objet, le seul consentement des parties, l'ordre donné par le vendeur de délivrer la chose, ne saisit pas l'acheteur vis-à-vis des tiers. Au moyen de l'ordre, dit-il, l'acheteur écartera bien le vendeur, il ira jusqu'à la chose; néanmoins la dépossession du vendeur n'est pas complète; il détient la chose manuellement, il peut la mettre dans les mains d'un tiers; et comme en fait de meubles une possession matérielle est plus apparente et plus certaine pour les tiers, que celle qui repose sur des actes de volonté, il faut décider que le nouvel acheteur qui a été saisi sera préféré au premier. Mais que faut-il de plus pour montrer que la tradition faite alors qu'on est éloigné de l'objet, manque de certitude et de réalité (1)?

Ainsi M. Troplong, quand il s'agit du droit romain, trouve la fiction là où elle n'est réellement pas, et quand il s'agit du droit moderne, qualifie de traditions réelles, celles qui de son propre aveu cependant manquent de réalité et n'ont aucun effet à l'égard des tiers.

31. Pour comprendre le caractère des modes de délivrance mentionnés aux articles 1605 et 1606 du Code civil, il importe de prendre pour point de départ, le principe que la propriété se transmet par le seul effet des conventions (2). Ce principe n'est soumis qu'à quelques restrictions : 1° Lorsque l'acquéreur veut

(1) Ce que M. Troplong dit de la tradition qui ne consiste que dans un ordre donné, s'applique également à celle qui consiste dans la remise de clefs à distance ou dans la remise de titres.

(2) Art. 711 938, 1138, 1583, etc.

purger l'immeuble des hypothèques et priviléges dont il est grevé, la transcription du titre est une formalité préalable exigée par la loi (1). — 2° Lorsque le titre de l'acquisition est une donation, il faut que l'acte soit également transcrit pour que la propriété soit transmise à l'égard des tiers (2). Il en est de même lorsque le titre de l'acquisition est une substitution. Dans ce cas le fidéicommissaire ne sera propriétaire vis-à-vis des tiers qui auraient acquis la chose du grevé qu'à la condition que les actes entre vifs ou testamentaires à charge de restitution aient préalablement été rendus publics par la transcription. Enfin 3° une autre exception résulte de l'art. 2279 : *en fait de meubles possession vaut titre,* et de l'article 1141 qui de deux acquéreurs d'un seul et même objet mobilier préfère celui qui a été mis en possession réelle, son titre fût-il postérieur en date, pourvu toutefois que sa possession soit de bonne foi.

Ainsi, quoique le principe consacré par le Code civil : *la convention seule transfère la propriété,* soit susceptible d'exception, toujours est-il vrai que, pas même dans les cas exceptionnels, le Code n'attache le transport de la propriété à la tradition du droit romain. Car pour les immeubles donnés ou acquis par substitution, il faut la transcription, mode de tradition publique, et pour les meubles il faut la possession réelle, comme dit l'article 1141, c'est-à-dire la détention de la chose; il faut la saisine pour que la propriété soit acquise à l'égard de tous.

Faisons ressortir par un exemple la différence qu'il y a entre la tradition en droit romain et la tradition en droit français, là où le Code y attache un transport de propriété.

En droit romain la clause qu'on appelle constitut, cette clause en vertu de laquelle le propriétaire qui a vendu sa propriété, s'en réserve la jouissance à titre d'usufrutier ou de locataire, ou en accepte le dépôt, rend l'acquéreur possesseur parfait et, par l'effet de la *justa causa,* propriétaire de la chose. Vainement dans ce cas le vendeur qui a continué de détenir la chose au nom de l'acheteur,

(1) Art. 2181 et suivants.
(2) Art. 939 du Code civil.

aurait-il revendu et livré le même objet, le premier acquéreur avec lequel serait intervenu la clause de constitut, aurait la revendication envers et contre tous.

En droit moderne il en serait autrement s'il s'agissait d'un meuble. J'acquiers de Paul un objet mobilier par constitut, c'est-à-dire qu'après l'avoir acheté je le laisse au vendeur à titre de prêt, de louage, de dépôt. Le vendeur restant ainsi nanti et saisi de la chose, la revend à Pierre, qui en obtient la tradition réelle. Pierre sera devenu propriétaire : *en fait de meubles possession vaut titre.* Je ne pourrai donc pas revendiquer le meuble contre Pierre; seulement s'il a été de mauvaise foi, alors l'action *ex emto* que j'ai contre mon vendeur Paul, rejaillira, comme si elle était une *actio in rem scripta* contre Pierre (1) à cause de sa mauvaise foi, et cela en vertu de l'art. 1141. Car Pierre aux termes de cet article ne DEMEURE pas propriétaire; or, ce mot *demeure,* de l'art. 1141, prouve que Pierre, malgré sa mauvaise foi, est devenu propriétaire par la tradition, que s'il a revendu la chose à un tiers, ce tiers sera propriétaire, et enfin que mon action, qui n'est pas une revendication mais une action personnelle *quasi in rem scripta,* ne saurait atteindre ce tiers, tant à cause de l'art. 2279 qui le fait considérer comme propriétaire, que parce que Pierre, l'auteur du tiers, était devenu propriétaire lui-même. Si Pierre ne doit pas demeurer propriétaire, c'est à cause de son dol, qui fait réfléchir sur lui, comme *actio quasi in rem scripta,* l'*actio emti* que j'ai acquise contre mon vendeur Paul, action que nous nommons personnelle *quasi in rem scripta,* parce que née du contrat, elle atteint seulement Pierre aux termes de l'art. 1141, et non pas celui qui aurait acquis la chose de Pierre et dont l'acquisition serait placée sous la garantie de l'art. 2279 sans tomber sous l'exception de l'art. 1141.

Que résulte-t-il de ce qui précède :

1° Comme la propriété se transmet en règle générale par le seul effet des conventions, il s'ensuit qu'en règle générale aussi la tradition n'est plus envisagée selon notre droit moderne comme un mode d'acquérir la propriété.

(1) Comp. RENAUD, *Kritische Zeitschrift,* t. XVII (1845), p. 217.

2° Et comme la règle ci-dessus s'applique aux immeubles sans exception autre que celle de la transcription en matière de donation et de substitution, qui est une tradition publique, il s'ensuit que la tradition du droit romain n'est plus de la moindre importance quand il s'agit de l'acquisition de la propriété d'un immeuble : tout se règle par le titre, et, en cas de collision de plusieurs acquéreurs ayant un titre émané du même auteur, par l'antériorité.

3° Comme en fait de meubles la possession vaut titre, et que de deux acquéreurs ayant un même auteur, celui-là est préféré qui a été mis dans la possession réelle de l'objet mobilier, on pourrait en conclure que la tradition, quand il s'agit de meubles, a pour effet de transférer la propriété. Mais il ne faut pas perdre de vue que si le transport de la propriété des meubles est l'effet de la tradition, le Code n'entend pas parler de la tradition du droit romain, qui peut se faire sans dessaisine, soit que le transmettant permette de remettre la chose au mandataire de l'acquéreur (1), soit qu'il ait consenti à garder la chose au nom de l'acquéreur à titre de locataire, de commodataire, de dépositaire. Le Code veut désigner la tradition qui fait sortir la chose de la garde du transmettant pour la mettre dans la saisine et garde de l'acquéreur qui lui transfère la possession réelle, comme dit l'article 1141. C'est en application de ce principe posé aux art. 2279 et 1141 que les art. 576, 577, 578 du Code de commerce, comme le fait remarquer M. Troplong, exigent pour le transport de la propriété des marchandises vendues, non seulement l'envoi fait à l'acheteur de la facture et de la lettre de change, mais le dessaisissement du vendeur, la sortie de la marchandise de ses magasins, et leur mise en route et voyage pour le compte de l'acheteur. Or, si en matière d'immeubles la tradition proprement dite (car nous exceptons la transcription requise dans quelques cas) est de nulle importance et de nul effet pour le transport de la propriété, si en matière de meubles il faut la dessaisine et la saisine, pour que le transport de la propriété soit attaché à la tradition, si en règle générale la propriété est transférée par le seul effet des conventions, il s'ensuit que

(1) L. 1, § 21, D. h. t.

régulièrement la tradition n'est pas un mode d'acquérir la propriété; mais qu'elle est plutôt un mode d'exécuter une convention par laquelle virtuellement la propriété a déjà été transférée. Aussi le Code ne traite-t-il pas de la tradition comme d'un mode d'acquérir la propriété, il ne l'envisage que comme l'effet d'un contrat, il en traite, dans le titre de la vente, au chapitre qui règle les obligations du vendeur, et il aurait pu ne pas en traiter du tout.

Tous les auteurs conviennent que les art. 1605-1606, ne sont qu'énonciatifs, et non limitatifs dans leurs dispositions, attendu qu'ils n'énoncent pas tous les modes de faire la délivrance. Et à la vérité, cela importait peu. Dans la vente une considération est principale : le vendeur doit rendre l'acheteur propriétaire, et s'il ne le fait, il en est responsable. Quant à la manière dont l'acheteur devient propriétaire, cette question ne se décide pas par les art. 1605-1606, mais par les articles 1138, 2279 et 1141. Peu importe donc qu'aux art. 1605 et 1606 le législateur ait énuméré tous les modes de délivrance ou seulement quelques-uns, peu importe que parmi les modes de délivrance il s'en trouve que l'ancienne école ait considérés comme symboliques, ces articles se ressentent fortement de l'influence de la doctrine des interprètes du droit romain qui, confondant les principes de ce droit avec ceux du droit coutumier, ont vu des traditions symboliques partout où il n'y avait pas saisine et dessaisine. Ces articles sont comme des fragments appartenant à un autre ordre de choses, mais ils ne servent qu'à régler les obligations entre le vendeur et l'acheteur, car quant au transport de la propriété, il se décide soit par la convention seule en fait d'immeubles, soit par la tradition réelle en fait d'objets mobiliers.

En droit romain il en était autrement. Si nous nous plaçons sous l'empire de l'ancien droit civil de Rome, nous trouvons une foule de cas où la tradition était le seul moyen de transférer un droit sur une chose. Sans vouloir ici décider ou discuter la question de savoir si les *res nec mancipi* mêmes ne devaient pas originairement être acquises par un mode civil pour que l'acheteur eût sur elles les droits de propriété, le *dominium ex jure Quiritium,* tandis que les modes d'acquérir *ex jure gentium,*

comme l'occupation et la tradition, ne lui auraient conféré qu'un droit de possession, toujours est-il admis : 1° que les étrangers qui n'avaient pas le *commercium*, étaient incapables d'acquérir le *jus Quiritium;* et comme Gaius, au § 40 du livre 2 de ses Institutes, nous assure positivement que dans le principe il n'y avait qu'une espèce de propriété, il devait suivre de là que les étrangers ne pouvaient avoir sur ces choses que des droits de possession, droits qui par conséquent ne pouvaient se transmettre que par la possession même, et non par le simple contrat; — 2° qu'il y avait des choses sur lesquelles les citoyens mêmes ne pouvaient pas acquérir le *jus Quiritium*, et sur lesquelles ils ne pouvaient avoir que des droits de possession, lesquels encore ne pouvaient se transmettre que par la possession, par la tradition; — 3° que le *dominium ex jure Quiritium* d'une *res mancipi* ne pouvait s'acquérir que par un mode civil (*mancipatio, in jure cessio*); donc encore, comme il n'y avait, dans le principe, qu'une espèce de *dominium*, la *res mancipi* acquise autrement que *jure civili* ne pouvait conférer à l'acquéreur que les droits de possession.

Or les droits de possession consistaient dans les interdits, qui étaient des actions personnelles qu'on ne pouvait intenter que contre les auteurs des troubles ou de la spoliation. De plus, pour avoir les interdits contre tous, il fallait avoir acquis la possession *nec vi, nec clam, nec precario*, ce qui avait lieu lorsqu'on avait acquis la chose du consentement du transmettant. Ces deux considérations expliquent la nécessité et le caractère de la tradition en droit romain; la nécessité, puisque sans elle il était impossible d'avoir des droits sur une chose; le caractère, puisqu'il suffisait du consentement du possesseur actuel exprimé en présence de la chose, pour que l'acquéreur jouît des interdits à l'égard de tous, même à l'égard du transmettant, et pour que sa possession fût par conséquent pleinement assurée.

Le motif pour lequel les meubles ne s'acquièrent pleinement dans notre droit que par la tradition, est tout autre, et de là aussi le caractère particulier de cette tradition. Ce motif, qui est en même temps celui de l'art. 2279, nous ne l'exposerons pourtant pas ici; une meilleure occasion se présentera lorsque nous

traiterons des actions revendicatoires et que nous comparerons l'étendue que l'action en revendication avait en droit romain, avec celle qu'elle a dans notre droit moderne.

32. On peut acquérir la possession de tout ou partie d'une chose, dit la L. 27, D. XLI, 2, mais il faut que cette partie soit déterminée. On peut posséder une partie géométriquement déterminée, *certus locus;* on peut aussi posséder une partie arithmétiquement déterminée, *certa pars pro indiviso,* mais on ne peut posséder une partie qui n'est ni géométriquement, ni arithmétiquement déterminée : *Incerta autem pars tradi nec usucapi potest,* dit la L. 26, *veluti si ita tibi tradam :* QUIDQUID MEI JURIS IN EO FUNDO EST; *nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest.* — La L. 3, § 2, D. h. t, énonce le même principe.

Mais la L. 32, § 2, D. XLI, 3, paraît être en opposition avec les deux lois précédentes. Elle porte : *Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere, Labeo scribit.* — Toute la difficulté de ce texte est dans les mots : *qui ignorant quotam quisque partem possideat.* Or la part des copossesseurs n'est pas incertaine; elle est déterminée par leurs titres, par leurs droits respectifs, mais cette part, ils ignorent encore quelle elle est pour le moment.

M. de Savigny trouve ce texte en opposition avec les textes précédents à cause des mots *mera subtilitate;* et en effet il nous paraît que par ces mots Labéon admet que plusieurs personnes possèdent le fonds, puisque le jurisconsulte dit que ce serait une pure subtilité que de prétendre qu'ils ne le possèdent pas. Mais résulte-t-il de là que contrairement à la règle tracée par les autres textes que nous venons d'invoquer on puisse acquérir la possession d'une *incerta pars* et l'usucaper? Telle ne peut être la pensée de Labéon, puisqu'il commence par mettre en principe : *incertam partem possidere nemo potest.* D'un autre côté il est facile de voir que Labéon parle, non pas d'une possession qui doit commencer, mais d'une possession qui existe et pendant la durée de laquelle les co-intéressés, qui sont peut-être des héritiers ayant

pris possession des biens, continuent par cette prise de possession la possession de leur auteur au même titre que lui, ignorant, soit à cause de l'absence d'un cohéritier, soit pour tout autre motif, quelle est la part qui revient exactement à chacun. Dans ce cas on comprend que ce serait une pure subtilité que de dire qu'ils ne possèdent pas, ou plutôt qu'ils ne continueront pas de posséder; car si l'on admettait le contraire, on arriverait à cette conséquence que la possession des héritiers serait interrompue malgré leur prise de possession, par la contestation ou l'incertitude qui règnerait sur leurs droits.

Mais lorsqu'il s'agit de la transmission d'un objet en vertu d'un titre particulier, ou lorsqu'il s'agit de commencer une possession avec bonne foi, il faut nécessairement qu'on sache quelle est la partie qu'on commence à posséder, sans quoi la bonne foi aussi ne saurait être entière ni exempte de doute : *incerta autem pars nec tradi nec usucapi potest,* dit en ce sens la L. 26, D. h. t. Ainsi la L. 26 se rapporte seulement au commencement d'une possession, et la L. 32 à la continuation d'une possession commencée. On ne peut pas commencer la possession d'une *pars incerta,* mais si l'incertitude ou l'ignorance survient, on peut continuer néanmoins une possession commencée.

33. Lorsqu'une chose est unie à une autre, est-elle possédée pour elle-même comme *res singula,* ou bien ne peut-on la posséder que comme partie intégrante du tout?

Nous ne nous arrêterons pas aux différents systèmes qui ont été présentés sur cette question par Savigny, Thibaut, Unterholzner, mais nous prendrons pour base de notre exposé les textes mêmes du droit romain, avec lesquels nous confronterons la doctrine présentée par Muhlenbruch.

Voici d'abord la solution donnée par cet auteur.

1° Les parties de choses connexes ne sont pas possédées *ut singulae res* (1).

A cette proposition paraît s'opposer la L. 30, § 1, D. XLI, 3,

(1) Il cite à l'appui de cette proposition les L. 23 pr., § 3, D. XLI, 3; — L. 2, § 6, D. XLI, 4; — L. 30 pr., D. h. t.

qui au sujet d'une pierre précieuse, enchâssée dans un anneau, décide que l'anneau et la pierre peuvent être possédés séparément. Aussi au § 263, après avoir répété la proposition que les parties des choses connexes ne sont pas possédées *ut singulae res,* le même auteur ajoute cette réserve : à moins que ces parties ne soient telles que, malgré leur connexité, elles conservent leur nature particulière et distincte, comme dans le cas de la L. 30, § 1. Par conséquent la deuxième proposition de son système peut se formuler comme suit :

2° Les parties de choses connexes sont cependant possédées comme *singulae res,* lorsque malgré leur connexité elles ont conservé leur forme particulière et distincte.

3° Dans le cas de la proposition première, si les choses connexes ne sont pas possédées *ut singulae res,* elles le sont cependant comme parties intégrantes, et peuvent être usucapées avec le tout, pourvu, dit l'auteur, que quand il s'agit de matériaux ils appartiennent à la personne même qui est propriétaire du fonds : *eatenus quidem, quatenus proprietas illarum materiarum ad pristinum soli dominum pertinebat.* Dans ce dernier cas il n'existe pas de motif qui doive empêcher l'usucapion des matériaux, puisque celui contre lequel court l'usucapion, peut les revendiquer par cela même qu'il peut revendiquer le sol. Mais il en serait autrement si le sol et les matériaux qui sont possédés par un possesseur de bonne foi, appartenaient à des propriétaires différents. Dans ce cas le sol et la maison pourraient être revendiqués, parce que le propriétaire du sol est en même temps propriétaire des constructions, tandis que le propriétaire des matériaux ne pourrait pas les revendiquer tant qu'ils sont unis à l'édifice (1). Donc quand ils sont unis, ils ne sont pas censés être possédés, pas même comme partie intégrante d'immeubles; et alors même que la maison aurait été prescrite, le propriétaire des matériaux pourrait les revendiquer si la maison était démolie ou renversée (2). Cependant à partir de la démolition, commencerait l'usucapion

(1) L. 6, D. X, 4.
(2) V. L. 23, D. VI, 1; — L. 7, § 11, D. XLI, 1, etc.

mobilière (1). Le temps pendant lequel ils auraient été unis à l'édifice ne pourrait pas être compté. Si cependant, dit la L. 30, § 1, D. h. t., j'avais possédé des matériaux comme meubles pendant un an moins dix jours, et que je les eusse fait entrer dans des constructions, l'usucapion pourrait s'accomplir au cas où je possède l'édifice. Cette opinion de Labéon paraît avoir été admise tout exceptionnellement à raison du court espace de temps qui aurait accompli l'usucapion mobilière.

4° En dernier lieu, le même auteur décide que ni le trésor qui est dans notre fonds, ni la chose qui ne conserve pas sa nature distincte, ne peuvent être usucapés comme *singulae res* (§ 263).

34. Cette théorie est conforme aux dispositions littérales des textes, mais elle n'est pas conforme à leur esprit, car ce que Muhlenbruch donne comme règle, est réellement l'exception, et ce qu'il donne comme exception, forme la règle. Reprenons donc la question et tâchons d'y répondre, en prenant pour point de départ les principes sur l'acquisition de la possession.

Les parties d'une chose connexe peuvent-elles être possédées, et par conséquent usucapées *ut singulae res?*

Si elles subsistent *ut singulae res,* elles peuvent être possédées et usucapées comme telles, malgré leur union et leur connexité. C'est pourquoi le diamant uni à une bague, est néanmoins possédé et usucapé comme tel.

Mais si elles ne subsistent pas comme *singulae res,* si une chose, par le fait de l'union avec une autre, a perdu son espèce propre, si *res extincta est,* il est évident qu'elle ne pourra plus être possédée séparément comme *res singula,* mais seulement comme partie intégrante du tout. Ainsi lorsque j'ai façonné des planches pour les faire servir à la construction d'un meuble ou d'un navire, il est évident que les planches ne sont plus possédées comme planches, mais comme partie constitutive du meuble, du navire. C'est ce que décide la L. 30 D. h. t. Même dans ce cas il ne pourra plus être question d'usucaper les planches, car par la spécification elles ont été acquises au spécificateur (2).

(1) L. 23, § 2, D. XLI, 3.
(2) L. 26, D. XLI, 1.

Ceci nous conduit déjà à une première remarque : c'est que demander si les parties d'une chose connexe peuvent être possédées comme *singulae res,* c'est implicitement supposer que malgré leur connexité avec le tout, ces parties n'ont pas cessé de subsister dans leur espèce, de subsister comme *singulae res.* Car si elles ont cessé de subsister comme *singulae res,* elles sont nécessairement possédées comme partie intégrante du tout, et alors à proprement parler il ne peut être question ni de possession ni d'usucapion, mais on se trouve devant une question d'acquisition de la propriété, soit par spécification, soit par accession.

Si les parties d'un tout connexe ont conservé leur forme distincte, et continuent d'exister dans leur espèce *ut res singulae,* alors au point de vue des règles qui gouvernent l'acquisition et la conservation de la possession, rien ne s'oppose à ce que je possède ces parties comme *res singulae,* car malgré la connexité, je puis en disposer dès que je le veux. Je puis ôter le diamant que j'ai mis dans une bague. C'est ce que décide la L. 30, § 1, D. XLI, 3, en ces termes : *Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.* Remarquez les mots : UTRUMQUE MANEAT INTEGRUM; chaque objet a conservé sa nature et sa forme distincte, et c'est sur cette circonstance que le jurisconsulte fonde sa décision.

A ce principe, basé sur la nature même des choses, et positivement consacré par la L. 30, on ne saurait regarder la L. 7, § 1, D. X, 4, comme contraire. Cette loi est ainsi conçue : *Sed, si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.* Si ce texte décidait que celui qui possède le char, ne possède pas en même temps la roue comme *res singula,* il y aurait opposition entre la L. 7, et la L. 30, car la roue aussi, malgré son adjonction, n'a changé ni de forme, ni d'espèce. Mais cela ne saurait dans aucun cas résulter de la L. 7, car elle est tout-à-fait étrangère à la matière qui nous occupe. Elle n'a nullement pour objet de décider la question de savoir si celui qui possède le tout con-

nexe, possède aussi les parties comme *res singulae;* son but est de montrer que l'action *ad exhibendum* se donne contre tout possesseur. Pour que l'on pût inférer de ce texte que la roue n'est pas possédée comme *res singula,* il faudrait que le mot *civiliter* impliquât négation de toute possession; or cela n'est pas, car d'après ce que nous avons déjà vu, le mot *civilis* ne se rapporte qu'à la possession *ad usucapionem* (1). Donc la *possessio proprie sic dicta* n'est pas exclue; donc dans aucun cas, en supposant même que cette loi eût pour objet la question qui nous occupe, on ne saurait en conclure que celui qui possède la chose, ne possède pas la roue comme une *res singula,* et qu'il y aurait opposition entre cette loi et la L. 30, § 1, D. XLI, 3.

Le principe que nous venons d'établir, à savoir que les parties d'un tout connexe peuvent aussi être possédées comme *singulae res,* lorsque malgré la connexité elles conservent leur forme spéciale, reçoit une nouvelle application, à la L. 7, § 1, D. XLI, 4. Je possède le fonds Cornélien avec juste titre et bonne foi; quelque temps après j'achète une portion du fonds voisin dont je ne deviens également que possesseur de bonne foi : je ne pourrai pas, dit ce texte, usucaper les deux fonds en même temps, mais au moment où j'ai acquis la partie du fonds voisin, commence une prescription séparée. Pourquoi? parce qu'une portion de terre n'est jamais inséparablement unie à un autre fonds; elle conserve sa nature propre, elle est toujours susceptible d'en être séparée. On peut bien posséder plusieurs terres comme ne formant qu'une seule ferme, comme une *fundi universitas,* pour me servir des termes qu'emploie Paul à la L. 2, § 6, D. XLI, 4, en examinant l'hypothèse où l'acquéreur d'un fonds a occupé de bonne foi au-delà de ce qu'il a acheté, et en admettant dans ce cas l'usucapion; mais alors même que plusieurs fonds sont réunis en une seule ferme, ils conservent toujours leur nature distincte, car chaque partie géométrique d'un fonds forme un fonds séparé.

C'est pourquoi la possession d'un fonds peut s'acquérir, tant

(1) Voir plus haut le n° 4.

pour des portions géométriques, que pour des portions arithmétiques, ainsi que nous l'avons vu au n° 32.

35. Ce principe étant établi, il nous reste à montrer que deux raisons juridiques s'opposent à ce qu'il s'applique aux matériaux unis à des constructions, quand même ces matériaux conservent leur forme et leur espèce. Ces raisons sont : 1° La différence entre le temps requis pour la prescription des meubles, et celui qui est requis pour la prescription des immeubles; 2° Le principe que le propriétaire de matériaux employés à des constructions, ne peut pas par l'action *ad exhibendum,* exiger qu'ils soient séparés pour qu'il puisse les revendiquer.

Celui qui a acheté une maison, dit la L. 23, D. XLI, 3, ne possède rien que la maison, et non pas les matériaux comme *res singulae;* car sans cela on en viendrait à cette conséquence qu'il usucaperait la superficie après le temps requis pour les meubles, tandis que le sol ne serait usucapé qu'après un laps de temps plus considérable, ce qui serait absurde puisque la propriété du sol et celle de la superficie sont inséparables.

Toutefois, ainsi que le fait remarquer Muhlenbruch, lorsqu'on est possesseur d'une maison dont le sol et les matériaux appartiennent au même propriétaire, on peut usucaper les matériaux non pas *ut singulae res,* comme choses mobilières, mais comme parties intégrantes de l'immeuble, parce que dans ce cas les matériaux et les constructions ont pu être revendiqués avec le sol.

Si au contraire je possède de bonne foi une maison dont le sol appartient à A, qui l'a construite avec les matériaux de B, comme B ne peut revendiquer les matériaux à cause du principe admis par la loi des XII Tables en faveur de la conservation des constructions (1), ces matériaux, tant qu'ils sont unis à la maison, ne peuvent être acquis par aucune espèce de prescription. Donc si la maison est démolie, et alors même qu'elle aurait été usucapée, B viendra revendiquer ses matériaux qui ne pourront être usucapés qu'à partir de leur séparation, et sans que je puisse me prévaloir du temps de l'adjonction; car on ne peut admettre, dit la L. 23,

(1) V. L. 6, D. X, 4. — Comp. art. 554 du Code civ.

§ 2, D. XLI, 3, que la même chose soit possédée en même temps comme immeuble et comme chose mobilière : *Eum qui aedes mercatus,* dit Javolenus dans ce texte, *non puto aliud quam ipsas aedes possidere, nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possedebit : separatis enim corporibus ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit.*

Ainsi les motifs pour lesquels on ne peut posséder ni usucaper *ut singulae res,* les matériaux unis à des constructions, sont d'abord qu'on ne peut posséder ces matériaux à la fois comme meubles et comme immeubles, et qu'unis à des constructions, il sont immeubles, motif qui est général; et en second lieu qu'on ne peut usucaper ce qui ne peut être revendiqué : *contra agere non valentem, non currit prescriptio,* motif qui s'applique spécialement au cas où le propriétaire des matériaux n'a pas fait les constructions et n'a pas été propriétaire du sol.

36. Nous pouvons maintenant résumer la réponse à la question, dans des termes extrêmement simples.

1° Lorsque les parties d'une chose connexe ont conservé leur forme et leur espèce distinctes, on peut les posséder et usucaper séparément (1).

2° Cette règle souffre exception quand il s'agit de matériaux; les matériaux unis à des constructions ne peuvent jamais être possédés ni usucapés *ut singulae res* (2).

3° Mais lorsque les matériaux appartiennent au propriétaire du sol, le possesseur de bonne foi peut les usucaper comme partie intégrante de l'immeuble, attendu que dans cette hypothèse, le propriétaire du sol a pu revendiquer le tout; tandis que s'ils n'appartiennent pas au propriétaire du sol, ils ne peuvent être usucapés que comme choses mobilières après que les constructions ont été démolies.

4° Observons enfin que c'est hors de propos que Muhlenbruch parle ici du trésor, car il est évident que le trésor ne peut être possédé comme *res singula,* parce que le mot trésor implique ignorance complète de l'existence de la chose, et que cette igno-

(1) L. 30, § 1, D. XLI, 3; — L. 7, § 1, D. XLI, 4, etc.
(2) L. 30, D. h. t.; — L. 23, D. XLI, 3, etc.

rance suffit à elle seule pour que la possession soit impossible (1).

La même observation peut s'adresser à quelques auteurs qui ont invoqué la L. 2, § 6, D. XLI, 4, pour prouver que celui qui possède un tout connexe, ne possède pas les *singulae res*. Cette loi, où l'acquéreur d'une terre qui a possédé de bonne foi au-delà de ce qui lui a été vendu, est dit avoir usucapé cet excédant, ne signifie autre chose si ce n'est que le titre de l'acquisition s'étend non seulement sur ce qui a été réellement acheté, mais sur tout ce que l'acquéreur a cru avoir acheté, sur l'*universitas fundi*, et pas seulement sur les *singulae partes*.

37. Lorsqu'il s'agit de choses non connexes, formant un seul tout, ce sont toujours les *singulae res* qui sont possédées et usucapées, et jamais le tout considéré comme tel; car comme il n'y a pas de connexité, le tout n'a qu'une existence idéale; or, en règle générale, et sauf la quasi-possession des servitudes, les choses corporelles seules sont susceptibles de possession. C'est ainsi qu'un troupeau n'est jamais possédé ni même usucapé comme tel; ce ne sont que les têtes dont il se compose, que l'on possède individuellement : *non universi gregis ulla est usucapio*, dit la L. 30, D. XLI, 3, *sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio*.

38. Dans le droit moderne il ne peut être question, à cause de l'art. 2279, de la possession ni de l'usucapion de choses connexes, pas même dans les cas exceptionnels où la possession de la chose mobilière n'en donne pas la propriété, comme aux cas de vol et de perte. Ainsi lorsque j'ai uni une chose mobilière à une autre, et que la première n'ait été ni volée ni perdue, elle m'appartenait déjà dès avant l'union, par les effets que le droit français attache à ma possession de bonne foi. Si elle a été volée ou perdue, il y a lieu à l'application des articles 566 à 569, et si, aux termes de ces articles, la chose volée ou perdue doit être considérée comme principale, le propriétaire pourra la revendiquer avec la chose accessoire, sauf restitution de la valeur de celle-ci. Si elle doit être considérée comme accessoire, il ne pourra pas la revendiquer, mais il en réclamera la valeur, aux termes

(1) V. L. 3, § 3, D. h. t.

de l'art. 566. Toutefois les dispositions de ce dernier article se trouvent modifiées par l'art. 2280, qui doit se combiner avec le précédent, et dont il résulte que si la chose volée a été achetée dans une foire, marché ou vente publique, ou chez un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire ne peut la revendiquer si elle est principale, qu'en en restituant le prix, tandis que si elle n'est pas principale, il ne pourra pas même dans le cas de l'art. 2280 en réclamer la valeur.

Quant au cas où des matériaux volés auraient été unis à des constructions, l'art. 554 dispose qu'on ne pourra en demander la séparation. Mais de là ne résulte pas cependant que si l'édifice est démoli après trois ans, le propriétaire des matériaux puisse encore les revendiquer, car après les trois ans l'action du propriétaire de choses volées ou perdues est perimée, peu importe que pendant ces trois ans les choses volées aient été possédées ou non, que le propriétaire ait pu les revendiquer ou non. Le principe est que le possesseur d'un meuble en est présumé propriétaire, et l'exception, que le propriétaire de choses volées ou perdues a trois ans pour les revendiquer. La simple expiration du délai emporte son droit, donc le propriétaire de matériaux volés ou employés à des constructions ne pourrait les revendiquer que si endéans le délai de trois ans les constructions étaient démolies. Mais l'art. 554 lui laisse le droit d'en réclamer la valeur, et même les dommages et intérêts s'il y échoit, c'est-à-dire si les constructions ont été élevées de mauvaise foi. Cependant il ne faut pas perdre de vue que l'art. 2280 déroge encore une fois à ces dispositions au cas où les matériaux volés auraient été achetés dans une foire, un marché, une vente publique, ou chez un marchand vendant des choses pareilles. Dans ce cas le propriétaire, s'il peut les revendiquer, doit en restituer le prix, et s'il ne peut les revendiquer parce qu'ils sont unis aux constructions, il ne saurait pas en réclamer la valeur.

39. Nous avons vu plus haut que celui qui détient une chose, peut en acquérir la possession *solo animo,* par la seule volonté du transmettant, et que la possession s'acquiert alors, non pas sans détention corporelle, mais à cause de la détention corporelle

qui dans cette hypothèse a précédé l'*animus*. Mais il faut bien remarquer que ceci ne peut se faire qu'avec l'*animus* du transmettant; l'*animus* du détenteur serait inefficace; il ne saurait convertir sa détention en possession véritable. C'est ce que les textes expriment par les mots : *nemo sibi causam possessionis mutare potest.* Lorsque je possède à un autre titre qu'à celui de propriétaire, peu importe que je possède la chose au nom d'autrui, comme le locataire, le dépositaire, le commodataire, le mandataire, le tuteur, qui n'ont pas même les interdits, peu importe que j'aie une possession dérivée comme le créancier gagiste, l'emphytéote, ou une *juris possessio* comme l'usufruitier, l'usager, ou une *possessio utilis* comme le superficiaire, je ne puis pas, moi seul, changer le titre de ma possession, et commencer, à mon gré, une possession *animo domini*. Par ce motif aucun des détenteurs ou possesseurs indiqués, ni aucun de leurs héritiers ne peuvent acquérir la chose par prescription, pas même par la prescription extinctive (1).

Vainement le déposant ou le prêteur aurait-il laissé le dépôt ou le prêt pendant trente ans et plus, entre les mains du dépositaire ou du commodataire, sans le réclamer; vainement l'usufruit serait-il éteint, et les héritiers de l'usufruitier auraient-ils possédé la chose au-delà de trente ans après l'extinction de l'usufruit; vainement le créancier serait-il resté en possession du gage trente ans après le payement; vainement le fermier, l'emphytéote, le superficiaire auraient-ils cessé depuis trente ans de payer le fermage, le canon ou le *solarium*, ils ne pourraient jamais prétendre, ni eux ni leurs héritiers, avoir acquis la propriété de la chose qu'ils ont commencé à posséder ou à détenir en reconnaissant dans le titre les droits de propriété d'un autre; jamais ils ne pourraient opposer au propriétaire revendiquant l'exception de la prescription. Sans doute l'action du dépôt, du commodat, du louage, l'action née du contrat de gage, peuvent se prescrire par le délai de trente ans à partir du jour où elles auraient pu être intentées, et il en résultera que les personnes soumises à ces ac-

(1) L. 2 et L. 7, § 6, C. VII, 39; — L. 13, D. XLI, 3; — L. 1, C. VII, 30. — Art. 2236 et 2237 du Code civil.

tions, seront après cet espace de temps, libérées de toutes les obligations nées du contrat, de la restitution des fruits, des dommages-intérêts dûs pour perte ou détérioration causée par leur faute. Mais ce n'est point de l'action personnelle née du contrat qu'il s'agit ici; c'est de l'action en revendication, c'est de l'exception de la prescription qu'on voudrait opposer à cette action, exception qui ne peut être fondée que sur une possession *cum animo domini*. Or, le titre et la *causa possessionis* des possesseurs et détenteurs que nous venons d'indiquer, protestent contre une telle possession, et par conséquent la possession ne saurait être invoquée que du jour où ce titre aurait été interverti, non pas par la seule volonté, ni même par la volonté manifestée de ces possesseurs ou détenteurs, mais par un acte dont aurait été touché le véritable propriétaire. Ainsi, si la seule omission de payer le canon ou fermage ne change pas la *causa possessionis* du fermier, il en serait autrement si le fermier avait refusé le payement, se prétendant propriétaire parce qu'il aurait hérité le bien d'un de ses parents, ou parce qu'il l'aurait acquis du véritable propriétaire, ou bien encore s'il avait repoussé la personne à qui le bailleur aurait vendu le bien et donné mandat à l'effet d'en prendre possession (1). Dès ce moment le fermier aurait cessé de détenir au nom d'autrui, et du même instant aurait commencé pour lui une possession nouvelle, *cum animo domini*, conformément à la L. 19, § 1, D. h. t. conçue en ces termes : *Quod scriptum est apud veteres,* NEMINEM SIBI CAUSAM POSSESSIONIS POSSE MUTARE, *credibile est, de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut aliâ ex causâ id possideret : non si quis dimissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.*

Dans le droit de Justinien la règle *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, veut dire que celui qui ne possède pas *animo domini*, ne peut, par sa seule volonté, ni par son seul fait, ni par aucun acte dont le propriétaire n'est pas touché, changer sa possession. Dans l'ancien droit cette règle avait une plus

(1) L. 12 et 18, D XLIII, 16.

grande extension; elle se rapportait à toute espèce de possession, même à la possession *cum animo domini,* à la possession civile, comme à la possession naturelle. Voici pourquoi. L'on sait que pour engager l'héritier à accepter la succession pendant l'année, toute personne pouvait, dès que la succession était ouverte, se mettre en possession des choses héréditaires, et les usucaper par un an de possession. Cette usucapion que la loi autorisait à la vue et au su de l'héritier, devait stimuler sa lenteur, car au bout d'un an il voyait diminuer ou disparaître la masse. Mais pour que ce but de la loi fût atteint, il fallait priver de cette faculté d'usucaper ceux dont la possession était antérieure à l'ouverture de la succession; il fallait que ceux-ci ne pussent par leur seul fait, changer la *causa possessionis,* qu'ils fussent possesseurs *cum animo domini* ou non. Car les possesseurs civils mêmes, ceux qui auraient par exemple possédé des immeubles *pro emtore,* auraient eu de l'intérêt à posséder *pro herede,* puisque *pro herede* ils auraient pu accomplir l'usucapion dans l'espace d'une année. C'est pourquoi la L. 2, § 1, D. XLI, 5, porte : *quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est : ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est neque colonum, neque eum apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.*

Lorsque l'usucapion *pro herede* ne put plus être invoquée contre le véritable héritier, et que le temps de toute usucapion, de toute prescription, se trouva fixé à trois ou à dix ans, la règle *nemo sibi ipse possessionis causam mutare potest,* perdit de son extension; elle ne put plus s'appliquer à ceux qui avaient déjà une *possessio civilis cum animo domini,* mais seulement à ceux qui étaient possesseurs ou détenteurs sans avoir l'*animus domini,* et le sens de la règle fut, que jamais ces possesseurs ou détenteurs, ni leurs successeurs universels, ne pouvaient invoquer la prescription, tant que leur possession n'avait cessé et qu'ils n'en avaient commencé une autre *cum animo domini,* c'est-à-dire, sans qu'un fait sérieux et patent d'interversion de titre fût venu à la connaissance de celui au nom de qui s'exerçait la possession

ou que le titre primordial reconnaissait comme propriétaire (1).

Un tel fait peut seul intervertir légitimement la *causa possessionis*, et cela est si vrai, qu'alors même que le propriétaire aurait, par erreur, reconnu le détenteur en son nom comme propriétaire, rien ne serait changé. Si par exemple le véritable propriétaire ignorant son droit, prenait la chose en location de celui qui n'y aurait qu'un droit d'usage ou d'usufruit et qu'il aurait envisagé comme propriétaire, rien ne l'empêcherait de revendiquer sa propriété, quelque temps qu'eût duré son erreur. Tant que l'usager ou l'usufruitier ne prouve pas un changement de possession par une contradiction formelle, il ne saurait y avoir interversion légale, car leur titre s'oppose à l'acquisition de la chose par prescription : *simplici recognitione*, dit Dumoulin et avec lui Merlin (2), *non immutatur qualitas rei, quae tanquam erronea cedit veritati.*

Les jurisconsultes modernes, à l'exemple d'anciens interprètes, expriment souvent la règle *nemo sibi ipse possessionis causam mutare potest*, par ces mots : on ne peut pas prescrire contre son titre. Mais cette traduction peut donner lieu à bien des méprises, et c'est pour les éviter que l'art. 2240 du Code civil dit qu'*on ne peut prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut pas se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession*. La règle ainsi entendue, l'on admettra que ce n'est pas une prescription contraire au titre que celle de l'acquéreur d'un fonds, qui de bonne foi a occupé des terrains situés hors des limites du fonds acheté, et qui par conséquent a pu usucaper ces terrains en vertu du titre sur lequel il a de bonne foi fondé sa possession. Il s'agit ici d'une prescription extensive du titre, mais non pas contraire au titre, car l'acquéreur n'a nullement changé la *causa possessionis*. Il n'y a qu'une *causa possessionis*, c'est celle qui résulte du titre et qui réunit les conditions voulues pour la prescription; cette cause, l'acquéreur l'a de bonne foi étendue à un objet non compris dans le titre; étendre son titre par la prescription, ce n'est donc pas prescrire contre son titre (3).

(1) V. L. 19, § 1, et L. 32, § 1, D. h. t.; — L. 5, C. VII, 32; — L. 12 et 18, D. XLIII, 16.

(2) *Repert. Univ.*, v° *Prescription*, Sect. I, § 6, art. 2.

(3) V. L. 2, § 6, D. XLI, 4.

Ce n'est pas non plus prescrire contre son titre, que d'être communiste et de posséder le tout, car le communiste possède *animo domini.* Si l'action en partage est imprescriptible tant qu'on possède *pro indiviso,* puisque dans ce cas la prescription, qui a pour objet de mettre fin aux procès (1) et à l'incertitude des positions, aurait pour effet de rendre perpétuelle l'indivision que le jurisconsulte appelle la source de toutes les divisions (2), de là il ne résulte cependant pas que le communiste, ou bien celui qui n'avait droit qu'à une portion arithmétique de la chose ne puisse, la possédant comme sa propriété à lui seul, en acquérir la propriété par prescription. Ce ne serait pas là changer la cause de la possession par sa seule volonté; car ce ne serait pas même la changer d'aucune manière, attendu que le communiste possède *animo domini.* C'est pourquoi Justinien, à la L. 1, § 1, C. VII, 40, veut que les actions en partage se prescrivent par trente ans, lorsqu'il y a eu possession pour des parts distinctes. Dans ce cas la prescription n'introduit pas l'indivision; au contraire elle fait présumer qu'il y a eu partage ou renonciation de la part de celui qui n'a pas demandé le partage, ni possédé *pro indiviso* (3). Ainsi étendre son titre par la prescription, soit au-delà des limites de l'objet, soit au-delà de sa portion indivise sur d'autres portions indivises, ce n'est pas prescrire contre son titre, la cause de sa possession restant la même.

40. Lorsque le détenteur ou possesseur, qui en vertu de son titre reconnaît la propriété d'un autre, aliène la chose, y-a-t-il interversion légale du titre pour le tiers acquéreur? Évidemment oui; le tiers acquéreur commence *animo domini,* une possession toute nouvelle, qui, par la prescription ordinaire ou extraordinaire, le rendra propriétaire (4).

Toutefois Justinien a voulu, pour empêcher les interversions simulées, pour empêcher que le vendeur ne colludât avec l'acqué-

(1) *Usucapio constituta ut aliquis finis litium esset,* dit Neratius à la L. 5, D. XLI, 10.

(2) L. 77, § 20, D. XXXI, *De legatis.*

(3) Comp. Voet, *Ad Pand.*, Lib. 10, tit 2, nº 32.

(4) Mais *quid* si le fermier continue de payer le loyer à l'ancien propriétaire, et le paye en même temps au nouveau, ayant fait un bail avec lui? L. 32, § 1, D. h. t.

reur, que le tiers acquéreur ne pût acquérir l'immeuble par la prescription ordinaire si l'aliénation avait eu lieu de mauvaise foi et à l'insu du propriétaire; je dis l'*immeuble*, car en vertu de l'ancien droit déjà, s'il s'agissait d'un meuble, la vente faite sciemment par le détenteur de la chose d'autrui constituait le vol et affectait la chose du *vitium furti* qui la rendait non susceptible d'être usucapée. Or, ce fut pour empêcher les interversions simulées que Justinien (1) étendit en quelque sorte la même disposition aux immeubles, en prescrivant que l'aliénation faite de mauvaise foi et à l'insu du propriétaire par celui qui détenait l'immeuble au nom d'autrui, serait un obstacle à la prescription ordinaire, même pour le tiers acquéreur de bonne foi.

L'article 2239 du Code civil n'a pas reproduit cette dernière disposition de Justinien, et se borne à déclarer que ceux à qui les fermiers, dépositaires et autres détenteurs précaires ont transmis la chose par un titre de propriété, peuvent la prescrire, d'où il suit que le tiers acquéreur d'un immeuble, s'il est de bonne foi, peut le prescrire par dix ou vingt ans. Je dis immeuble, car en fait de meubles la possession vaut titre. Le Code a donc abandonné sur ce point le système du droit romain. Entre le propriétaire indolent qui néglige pendant dix ans de voir en quelles mains et en quel état se trouve son bien, et le tiers acquéreur de bonne foi, il a donné la préférence à ce dernier.

Le propriétaire a toujours, à partir de la vente, une action qui dure trente ans, contre le vendeur infidèle, action qui est *in rem* ou *ad exhibendum;* et qui est fondée sur la règle *qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur.*

(1) Novelle 119, ch. 7, extraite dans la L. 1, C. VII, 33.

DE L'ACQUISITION DE LA POSSESSION PAR UN TIERS.

Sommaire.

41. La possession peut s'acquérir par un tiers, soit sous la puissance, soit non soumis à la puissance de l'acquéreur, pourvu, en régle générale, que ce tiers ait l'intention d'acquérir la possession pour le principal. — Deux exceptions à cette règle.

42. Pour que la possession nous soit acquise par un tiers, il faut aussi que nous ayons l'*animus*, l'intention de l'acquérir : *Ignorantibus possessio non acquiritur.* — Les acquisitions faites *peculiariter*, ou en vertu d'un mandat soit général, soit spécial, font cependant exception; eu égard à ces acquisitions on peut dire : *Etiam ignorantibus possessio acquiritur.* — Dissentiment avec M. de Savigny.

43. Font encore exception, les acquisitions faites par les tuteurs, curateurs, syndics, pour les personnes incapables de l'*animus*.

44. Différence entre l'acquisition faite par le mandataire spécial, et celle qui est faite *peculiariter*, ou qui l'est par le mandataire général; et motifs de cette différence.

45. Du *constitutum possessorium*. — Cet acte n'a rien de fictif. — Le *constitutum* ne se présume pas, mais la volonté de transmettre la possession peut être exprimée tacitement, *rebus et factis*.

---

41. La possession étant *juris gentium*, pouvait s'acquérir directement, non seulement par les personnes que le droit civil avait placées sous notre puissance et qui étaient censées ne faire avec nous qu'une seule et même personne, mais encore par des personnes libres, par des personnes indépendantes de la puissance domestique (1). La L. 3, § 12, D. h. t., porte : *caeterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus.*

On se tromperait cependant si, prenant ce dernier texte à la lettre, on croyait que pour acquérir la possession par un tiers, il suffirait que nous eussions l'*animus* et que le tiers appréhendât la possession. Non; il faut de plus, en règle générale, que celui qui nous représente ait aussi l'intention de l'appréhender pour nous.

(1) L. 53, D. XLI, 1; — L. 1, §§ 19 et 20, D. h. t.; etc.

Cette règle souffre cependant exception. Quand le représentant se trouve sous la puissance du représenté, tout ce qu'il voudrait acquérir en son nom à lui, est nonobstant sa volonté, acquis à celui qui exerce la puissance, à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'un fils de famille qui acquiert dans les limites du pécule adventice ou militaire. Celui qui exerce la puissance acquiert, en général, la possession des choses appréhendées par celui qui est sous puissance, malgré l'*animus* de celui-ci (1), à moins que la personne sous puissance ne veuille acquérir pour une tierce personne libre. *Nam si jubeas servum tuum possidere,* dit la L. 1, § 19, D. h. t., *et is eo animo intret in possessionem ut nolit tibi, sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio.* Si votre esclave malgré votre ordre veut acquérir la possession pour Titius, elle ne vous sera pas acquise : telle est la disposition de ce texte. Mais par le fait seul de l'esclave qui appréhende pour Titius, la possession sera-t-elle acquise à celui-ci? Elle ne le sera à Titius, décide la L. 34, § 2, D. h. t., que si cet esclave, quoiqu'appartenant à moi, se trouve dans la possession de Titius, ou ne se trouve dans la possession de personne.

La règle que le représentant doit avoir eu l'intention d'acquérir au profit du représenté pour que la possession soit acquise à celui-ci, souffre encore exception lorsque la volonté du transmettant est que la possession soit acquise au représenté. Dans ce cas la possession sera acquise à celui-ci, le représentant eût-il la volonté d'acquérir pour lui-même ou pour un tiers. C'est la volonté du transmettant qui dominera tout l'acte. Déjà quand nous avons décrit le *corpus possessionis,* nous avons montré la prédominence de la volonté du *tradens,* lorsque la possession s'acquiert par tradition.

Vous remettez une chose à mon mandataire pour qu'elle me soit acquise, celui-ci l'accepte pour lui : cette volonté de sa part sera nulle, dit la L. 13, D. XXXIX, 5, et la chose vous sera acquise : *nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.*

La L. 37, § 6, D. XLI, 1, dit qu'à plus forte raison il doit en

(1) Comp. L. 15 et L. 40, D. h. t.

être de même lorsque le représentant n'est pas une personne libre, mais un esclave (1). Il est à remarquer qu'aux mots *nil agetur*, il faut suppléer dans cette loi, les mots *in suâ personâ* qui se trouvent à la L. 13, de sorte que les mots *nihil agetur* de la L. 37, veulent dire, non pas que la tradition est nulle, mais que la chose est acquise au représenté en vertu de la volonté du *tradens*, et cela malgré la volonté du représentant, qui seule est déclarée de nul effet.

42. Pour que nous puissions acquérir la possession par un tiers, il faut aussi que nous ayons la volonté de l'acquérir : *Ignorantibus possessio non acquiritur*. C'est pourquoi il faut, pour que la possession nous soit acquise par un *negotiorum gestor*, que nous ayons ratifié l'acquisition (2). C'est pourquoi encore l'esclave, bien qu'il ne puisse acquérir pour soi, et qu'il soit censé acquérir au maître à moins qu'il n'ait eu l'intention de le faire pour un tiers, n'acquiert cependant la possession au maître que par la volonté de celui-ci. Ainsi la possession appréhendée par l'esclave qui n'a pas agi dans les limites de son pécule ni en vertu de l'ordre formel du maître, n'est acquise à celui-ci que lorsqu'il a exprimé sa volonté et ratifié le fait de l'esclave (3).

Cette règle : *ignorantibus possessio non acquiritur*, c'est-à-dire qu'il faut que le représenté ait l'*animus possidendi* pour que la possession lui soit acquise, souffre aussi quelques exceptions, si l'on peut appeler exceptions les cas qui suivent.

Elle souffre exception, disent les auteurs, toutes les fois que l'esclave acquiert une chose dans les limites du pécule, ou que le fils de famille acquiert une chose *ex re patris*, dans les limites du pécule profectice (4). La L. 1, § D. h. t., nous en donne le

(1) Voici cette loi :

Si cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acceperit ut rem Titii faceret, nihil agetur. Nam et si procuratori meo rem tradideris ut meam faceres, et is hâc menti acceperit ut suam faceret, nihil agetur. Quod si scires communis hâc mente acceperit, ut duorum dominium faceret, in parti alterius domini nihil agetur.

(2) L. 24, D. III, 5; — L. 42, § 1, h. t., 2.

(3) L. 24; L. 44, § 1; L. 3, § 12; L. 1, § 5, D. h. t.; — L. 2, §§ 11 et 12, D. XLI, 4.

(4) L. 1, § 5; L. 3, § 12; L. 4; L. 42, § 1, D. h. t.; — L. 24, D. III, 5.

motif. Si, dit cette loi, nous acquérons même sans le savoir, *ignorantes,* la possession des choses que l'esclave ou le fils de famille détiennent *peculiariter,* c'est qu'en définitive ils détiennent ces choses en vertu de notre volonté à nous, qui leur avons permis d'avoir un pécule. Par conséquent, s'il est vrai de dire que la possession est acquise dans cette hypothèse lors même qu'on ignore le fait de l'appréhension, elle n'est cependant pas acquise sans *animus,* parce que la concession du pécule implique à l'avance ratification de tout ce qui sera acquis *peculiariter.* Et si la L. 3, § 12, D. h. t., dit, au sujet des acquisitions faites *peculiariter : Videmur eorum (servorum) animo et corpore possidere,* cette loi fait allusion à la libre administration du pécule qui cependant relève toujours de la volonté du maître. Ainsi les acquisitions faites *peculiariter* le sont *etiam ignorantibus dominis,* mais non *sine animo illorum;* car si la L. 3, § 12, dit : *videmur eorum animo et corpore possidere,* d'un autre côté la L. 1, § 5, D. h. t., dit avec autant de raison : *nostra voluntate intelliguntur possidere qui eis peculium habere permisimus.*

Ne faut-il pas dire la même chose du mandataire général? Ne faut-il pas dire aussi que dès que le mandataire général acquiert une chose dans les limites de son mandat, la possession de cette chose est par cela même acquise au mandant, celui-ci n'eût-il aucune connaissance du fait de l'appréhension?

M. de Savigny assimile l'acquisition faite par le mandataire général à celle du *negotiorum gestor,* et n'admet l'acquisition de la possession dans le chef du principal qu'à la condition que sa ratification soit intervenue. Il fonde cette opinion, qui de prime abord paraît contraire à l'analogie existant entre l'acquisition faite *peculiariter* et celle qui se fait *ex mandato generali,* sur les sentences de Paul, Liv. V, tit. 2, § 2, et sur la L. 42, § 1, D. h. t.

Mais comme le fait fort bien remarquer Unterholzner (I, p. 415) le passage de Paul (1), se rapporte évidemment à une gestion d'af-

(1) Voici ce texte :

Per liberas personas quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

faires : les mots *absente domino* l'indiquent. Et quand à la L. 42, § 1, D. h. t., elle est plutôt contraire que favorable au système de M. de Savigny. Le mandataire, dit ce texte, qui agit conformément à son mandat, *mandante domino,* acquiert à l'instant, *protinus,* la possession au principal; si au contraire il agit en dehors des limites du mandat, *suâ sponte,* le principal n'acquiert la possession que par la ratification. Comme ce texte ne distingue pas entre le mandataire spécial et le mandataire général, il en résulte que l'un et l'autre, dès qu'ils appréhendent la chose en agissant dans les limites du mandat, acquièrent directement, *protinus,* et par conséquent aussi *ignoranti,* la possession au principal.

Du reste, pourquoi la possession acquise *peculiariter* va-t-elle atteindre le maître alors même qu'il l'ignore. Est-ce à cause du lien de la puissance? Nullement. Sans cela l'acquision qui est faite en dehors du pécule devrait l'atteindre de même. Mais le motif, nous a été donné par la L. 1, § 5, D. h. t. Un mandat général est implicitement renfermé dans la concession du pécule : *nostra voluntate intelliguntur possidere qui eis peculium habere permisimus*; il est donc impossible de séparer l'acquisition faite en vertu du mandat général de celle qui est faite *peculiariter,* de celle qui est faite par un mandataire spécial. La L. 42, § 1, D. h. t., ne distingue pas; dans tous ces cas on peut donc dire *etiam ignorantibus acquiritur*; mais nous ajouterons : *sed non sine animo nostro.* La volonté de celui pour qui la possession est acquise, se trouve dans le mandat donné, ou dans la concession du pécule, qui implique mandat général, et qui serait un mandat général véritable si une obligation civile pouvait exister entre celui qui est sous la puissance et celui qui l'exerce.

Outre cette exception apparente à la règle *ignorantibus possessio non acquiritur,* nous avons à en mentionner une seconde qui a les caractères d'une exception véritable; c'est celle qui est établie au profit des personnes incapables d'avoir une volonté, lesquelles acquièrent la possession en vertu d'un bénéfice de la loi, par les tuteurs, curateurs ou syndics (1).

(1) L. 1, § 15, D. XLVII, 4; — L. 1, § 22, L. 2, D. h. t.; — L. 1, §§ 3 et 5, et L. 18, § 1, D. h. t., etc.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de cette exception (1).

44. Relativement à l'acquisition faite par le mandataire spécial, il est à remarquer que cette acquisition ne fait exception à la règle *ignoranti non acquiritur* que par rapport à la possession *ad interdicta,* et non pas lorsqu'il s'agit de l'usucapion; car, pour pouvoir usucaper, le principal doit avoir eu connaissance de l'appréhension qui a été faite par son mandataire spécial, bien que la possession proprement dite soit acquise *etiam ignoranti* à partir du moment de l'appréhension; *etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur,* dit la L. 49, § 2, D. h. t., *usucapio vero scienti competit;* et la L. 1, C. VII, 32, dit dans le même sens : *Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et, postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est.*

Si nous venons de voir dans l'acquisition de la possession proprement dite, les acquisitions faites *peculiariter* et celles *ex mandato generali* ou *speciali,* suivre une même règle, il en est donc autrement quand il s'agit de l'usucapion. En effet, quand une acquisition se fait *peculiariter* ou bien en vertu d'un mandat général, et la concession du pécule est un mandat général, la possession *ad usucapionem* est acquise comme celle *ad interdicta, etiam ignorantibus* (2), tandis que la possession *ad usucapionem* n'est acquise à celui qui a donné un mandat spécial que lorsqu'il a eu connaissance du fait d'appréhension posé par son mandataire.

Pourquoi cette différence?

Dans le pécule, comme dans le mandat général, c'est seulement l'ensemble de l'administration qui relève du maître, du principal, et tant que celui-ci ne révoque pas cette administration, le représentant est libre d'agir, car il représente le principal non seulement quant au *corpus possessionis,* mais aussi quant à l'*animus.* Le représenté acquiert alors *animo et corpore alieno,* comme dit

(1) Au nº 17, page 36.
(2) L. 8, D. XLI, 3.

la L. 3, § 12, D. XLI, 4. C'est pourquoi la L. 2, §§ 11 et 12, D. h. t., requiert, relativement à l'usucapion, que la bonne foi soit là où est l'*animus*, c'est-à-dire, en cas d'administration générale, que le représentant soit de bonne foi. Le représenté ignorait-il l'acquisition, ce ne serait pas un obstacle à l'usucapion, il suffit qu'il ne soit pas de mauvaise foi au moment où le représentant acquiert la chose; et si même après l'acquisition il apprenait qu'elle appartient à autrui, rien ne s'opposerait cependant à l'usucapion, puisque la bonne foi ne doit exister qu'au commencement de la possession. A ces conditions, le mandataire général acquiert à son mandant la possession *ad usucapionem*, alors même que celui-ci ignore la prise de possession; c'est pourquoi la L. 8, D. XLI, 3, porte : *Labeo, Neratius, responderunt ea quae servi peculiariter nancti sunt, usucapi posse : quia haec etiam ignorantes domini usucapiunt.*

Dans le mandat spécial, et dans l'acquisition qui se fait en dehors du pécule, il en est autrement. Là l'acquisition se fait *animo mandantis*, elle se fait *animo nostro, corpore alieno*. C'est le principal qui a particulièrement résolu et arrêté l'acquisition de la chose; il n'est représenté que par rapport au *corpus possessionis*, c'est-à-dire qu'il n'est représenté que dans l'exécution de sa propre volonté. Aussi dans cè cas, la bonne ou la mauvaise foi du représentant est tout-à-fait indifférente, tout se règle d'après l'opinion du représenté, et c'est dans sa personne que la bonne foi doit exister pour que l'usucapion puisse avoir lieu. *Pomponius quoque in his quae nomine domini possideantur*, porte la L. 2, § 11, D. XLI, 4, *domini potius quam servi voluntatem spectandum ait*. Les mots *nomine domini* sont ici opposés à *peculiari nomine*, pour indiquer que l'esclave a agi *ex jussu*. Or, si dans ce cas la bonne foi doit exister dans la personne du représenté, il est évident que l'usucapion ne saurait avoir lieu sans que le représenté ait eu connaissance de l'acquisition de la possession, et que la bonne foi doit exister simultanément avec cette connaissance. C'est là le motif pour lequel la L. 49, § 2, D. h. t., dit : *Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit.*

45. Se faire, de possesseur que l'on était, détenteur au nom d'un autre à qui on transfère la possession en prenant la résolution de posséder pour lui, voilà ce que les jurisconsultes modernes ont appelé le *constitutum possessorium*. Comme le fait remarquer M. de Savigny, ce terme ne se trouve pas dans les sources du droit romain, mais nous y trouvons la chose qu'il exprime : *Quod meo nomine possides,* dit la L. 18 pr. D. h. t., *possum alieno nomine possidere : nec enim muto causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio : nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur.*

Le constitut possessoire est en quelque sorte la *brevi manu traditio* renversée, car si celle-ci rend le détenteur au nom d'autrui propriétaire ou au moins possesseur, le constitut possessoire transforme en détenteur au nom d'autrui, celui qui a été propriétaire ou possesseur. Cependant, de même que la *traditio brevi manu* ne s'écarte en rien des règles ordinaires sur l'acquisition de la possession, ainsi le constitut ne s'écarte pas de ces mêmes règles, car il renferme toutes les conditions requises pour l'acquisition de la possession par un tiers. En effet, lorsqu'on analyse cet acte, on y trouve :

1° La volonté de posséder par un tiers, qui est ici le transmettant lui-même, lequel manifeste l'intention de nous transmettre la possession;

2° La volonté du tiers de posséder pour nous;

3° La *rei praesentia* ou la détention corporelle du tiers, qui préexiste à l'*animus,* comme dans la *traditio brevi manu.*

Le constitut possessoire ne présente donc rien de fictif; et cela est si vrai que si une des trois conditions susmentionnées faisait défaut, il n'y aurait pas de tradition, pas de constitut. Toutefois la volonté de transférer la possession, peut être exprimée d'une manière tacite.

D'après cela il n'y a pas de constitut, lorsqu'après avoir fait donation d'un fonds, y compris les esclaves, j'ai écrit au donataire que je lui faisais tradition de ce fonds; il n'y a dans cet acte ni constitut, ni tradition accomplie. En effet, je n'ai pas dit que

dès ce moment je comptais posséder pour le donataire, et cela ne résulte pas nécessairement ni par conséquent implicitement de mon écrit; et d'un autre côté le donataire n'a pas accepté la tradition, il ne s'est pas trouvé *in rei praesentia*. C'est pourquoi la L. 48, D. h. t., décide que dans ce cas la possession ne sera pas acquise au donataire par la remise de la lettre, mais seulement après qu'il aura pris ou fait prendre possession du fonds donné, ne fût-ce que par un esclave attaché à ce fonds.

Toutefois, si dans le constitut il n'y a rien de fictif, si la volonté de posséder pour l'acquéreur ne se présume pas, elle peut cependant être exprimée d'une manière tacite. Si après avoir fait donation du fonds, je le prenais en location, cette location me rendrait détenteur au nom du donataire, car comme l'on ne peut être locataire de sa propre chose, le donateur doit nécessairement être censé avoir transféré la propriété, c'est-à-dire avoir fait la tradition (1).

Il en est de même du cas où le donateur se réserve l'usufruit de la chose donnée. On ne peut être censé vouloir contracter les obligations d'un usufruitier et en même temps rester propriétaire; donc, dans la réserve de l'usufruit il y a tradition implicite, il y a constitut possessoire : *Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo, usumfructum ejus retinuerit,* dit la L. 28, C. VIII, 54, *etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio : sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.*

(1) L. 77, D. VI, 1.

DE LA PERTE DE LA POSSESSION.

Sommaire.

46. Observations sur les textes.
47. Principes sur la perte de la possession déduits de la notion fondamentale de la possession même.
48. De la perte de la possession d'un meuble ou d'un immeuble, *corpore*, lorsque nous possédons par nous-mêmes. Règles tracées par Muhlenbruch et développements. — De la *dejectio*, de l'abandon du bien par crainte, de l'absence.
49. De la perte de la possession des meubles et des immeubles, *animo*. — Erreur de quelques auteurs.
50. Résumé des explications sur la perte de la possession lorsque nous possédons par nous-mêmes.
51. De la perte, *corpore*, de la possession que nous exerçons par un tiers, sur un meuble ou un immeuble.
52. De la perte *animo*, de la possession que nous exerçons par un tiers.
53. Résumé des explications sur la perte de la possession lorsque nous possédons par un tiers.

---

46. A voir la lettre de nos textes, on pourrait y trouver des contradictions en ce qui concerne les principes sur la perte de la possession. En effet, d'après la L. 29, D. h. t., la possession se perd *solo corpore*, car ce texte porte que le pupille peut bien perdre la possession *corpore*, sans l'autorité de son tuteur, mais qu'il ne peut pas la perdre par sa volonté, *animo*, pour ce motif qu'en règle générale le pupille peut bien acquérir, gagner par les actes qu'il pose seul, mais non pas perdre ni s'obliger. D'un autre côté il résulte de la L. 3, § 7 et § 8, D. h. t., qu'on ne perd pas *corpore* la possession des biens-fonds mais seulement *animo*.

Pour l'intelligence de ces textes, il y a une observation à faire sur la signification du mot *corpus*. A la L. 29, ce mot signifie autant que *vis*, et ce texte veut dire que le pupille ne peut perdre la possession que *re*, c'est-à-dire par un changement qui s'opère dans la chose, soit par la perte de la chose, soit par l'occupation d'un

fleuve ou de la mer, soit par la spécification, et en général par la destruction de l'espèce (1).

Au contraire à la L. 3, § 7 et § 8, D. h. t., le mot *corpus* veut dire autant que *rei praesentia;* il indique le rapport extérieur de la personne et de la chose. D'après ce texte on ne perd pas la possession d'un immeuble par cela seul qu'on s'en éloigne ou qu'un autre l'occupe, *corpore;* on la perd seulement *animo,* c'est-à-dire lorsqu'on a renoncé soit de gré soit de force, à exercer la possession sur l'immeuble occupé par le tiers.

Autre difficulté : D'après la L. 44, § 2, D. h. t. et surtout d'après les L. 29, et L. 3, § 7 et § 8, D. *eod.*, la possession se perd *animo vel corpore;* et d'après la L. 153, D. L, 17, elle se perd seulement *si utrumque in contrarium actum sit.*

Laissons là pour un moment la difficulté seulement apparente de ce dernier texte, et tâchons auparavant de déduire les règles sur la perte de la possession de la notion et de la nature de la possession même.

47. La possession, d'après la définition que nous avons donnée plus haut (2), consiste dans le rapport de la personne et de la chose, qui soumet celle-ci à la volonté et au pouvoir de celle-là. De cette définition il résulte que le rapport qui constitue la possession, est interverti et détruit dès que la puissance de la volonté vient à cesser. Or, deux causes peuvent intervertir ce rapport et faire cesser le pouvoir sur la chose. La première, que nous pouvons appeler extrinsèque, agit sur la chose, sur le *corpus*, et soustrait la chose à l'empire de notre volonté; la deuxième, que nous pouvons appeler intrinsèque, agit moins sur la chose que sur la volonté, sur l'*animus,* soit que la volonté se détermine spontanément à l'abandon de la possession, soit qu'elle cède à quelque crainte venant du dehors. Dans ce sens on peut dire que la possession se perd *vel corpore vel animo,* ainsi que cela résulte des L. 29, et L. 30, § 3 et § 4, et L. 3, § 7 et § 8, D. h. t., ensemble comparées.

Mais de ces prémisses il suit aussi que pour que la possession

(1) Comp. L. 30, §§ 3 et 4, D. h. t.
(2) V. numéro 9, page 19.

se perde *corpore*, il ne suffit pas que l'action de la volonté soit empêchée momentanément, il ne suffit pas par exemple que l'esclave que nous possédons ait pris la fuite, et soit momentanément hors de notre pouvoir, mais il faut qu'il ne puisse être repris (1); il ne suffit pas que la chose mobilière soit momentanément égarée, il faut qu'elle soit définitivement perdue, qu'elle ne se soit pas retrouvée, même après une perquisition diligente (2). Il faut enfin que la possibilité de disposer de la chose, possibilité qui constitue non l'acquisition, mais la conservation de la possession, ait été changée en impossibilité; il faut en un mot qu'il y ait *contrarium actum*, que le changement qui s'est opéré dans la chose, nous force à renoncer la possession, c'est-à-dire entraîne l'*animus*.

D'un autre côté, pour que la possession soit perdue *animo*, il ne suffit pas que nous nous éloignions de l'immeuble avec l'intention de n'y rentrer que dans quelque temps; il ne suffit pas de l'absence de la volonté de posséder, ni même de l'incapacité de vouloir posséder, car les pupilles et les furieux ne peuvent perdre la possession *animo* (3); il ne suffit pas qu'un tiers soit entré dans notre bien pendant notre absence (4); il faut qu'à la volonté de posséder ait succédé la volonté de ne plus posséder (5), il faut un *contrarium actum*, pour que la possession soit définitivement perdue.

Or, ce que nous venons de déduire de la nature fondamentale de la possession, est précisément l'explication de la L. 153, D. L, 17, où le jurisconsulte, en comparant la possession avec les obligations, dit qu'il faut toujours un *contrarium actum*, soit qu'il s'agisse du *corpus*, d'un changement opéré dans la chose, soit qu'il s'agisse de l'*animus*, d'un changement opéré dans la volonté. Il faut un *contrarium actum*, et cela s'applique au *corpus* comme à l'*animus*, c'est-à-dire s'applique à l'un et à l'autre, *nisi utrumque in contrarium actum sit*, de même que pour éteindre une

(1) L. 15, § 1, D. XLI, 3.
(2) L. 15, D. h. t.
(3) L. 27, D. h. t.; — L. 11, D. XLI, 1.
(4) L. 3, § 7, D. h. t.
(5) *Ut amittere possessionem vellemus*, dit la L. 1, § 25, D. XLIII, 16.

obligation, il faut encore un *contrarium actum*. Ainsi s'agit-il de l'obligation née d'une prestation réelle, il faut une restitution; s'agit-il d'une obligation née d'une stipulation, elle s'éteindra par la stipulation contraire, l'acceptilation; s'agit-il d'une obligation née *ex consensu*, elle sera éteinte par le *mutuus dissensus*, ou le consentement contraire au premier. La perte de la possession est soumise à des règles analogues : et c'est cette analogie bien réelle que Paul a voulu indiquer.

48. Maintenant que nous avons écarté ces difficultés apparentes des sources, et que, en conformité des textes, nous avons établi les principes qui dominent cette matière, suivons Muhlenbruch, dans l'exposé des règles qu'il donne sur la perte de la possession.

Il enseigne aussi que la possession se perd *vel animo vel corpore*, mais sans s'expliquer davantage sur ce qu'il faut admettre par *corpus*. Puis, avant de poser les règles sur la perte de la possession, il distingue 1° le cas où nous possédons par nous-mêmes, de celui où nous possédons par un tiers, et 2° la perte *corpore* de celle qui se fait *animo*. — L'examen de ces diverses hypothèses est précédé de cette observation générale que la possession se perd d'abord par les causes qui mettent fin, en général, à tout droit qu'on peut avoir sur la chose, tels que les cas de perte énumérés aux L. 3, § 17, et L. 30, § 3 et 4, D. h. t. : la transformation d'un objet profane en religieux et sacré, l'occupation d'un fonds par un fleuve ou par la mer, la destruction des objets mobiliers et leur transformation d'une espèce en une autre.

Mais en dehors de ces cas généraux où tout droit sur une chose s'évanouit, la possession en particulier se perd, sans néanmoins que le droit de propriété nous échappe, dans les circonstances suivantes :

Lorsque nous possédons nous-mêmes, elle se perd *corpore*, quand il s'agit de choses mobilières, par la soustraction frauduleuse, ou par la spoliation violente, comme le reconnaît la L. 15, D. h. t. Mais, ajoute cette loi, lorsque notre esclave nous a dérobé un objet, nous ne cessons pas de le posséder, parce que l'esclave acquiert la possession pour nous, et tel est le motif pour lequel le maître ne cesse de posséder l'esclave fugitif; car comme celui-ci

ne peut posséder pour soi, ni par conséquent intervertir la possession du maître, il suit qu'il ne peut pas non plus par son seul fait, intervertir la possession de sa propre personne qui reste au maître.

La possession se perd encore par la perte de la chose, si cette perte est telle que nous ignorions absolument où la chose se trouve et qu'une perquisition diligente ne nous l'ait fait retrouver (1). Mais celui qui n'a fait qu'oublier momentanément où la chose se trouve, n'en a pas perdu la possession (2). La possession est encore perdue lorsque des objets mobiliers sont tombés dans des lieux inaccessibles, comme dans un fleuve ou dans la mer; ou bien encore lorsque des animaux apprivoisés se sont égarés (3).

Dans tous ces cas la possession est perdue, mais la propriété ne l'est pas.

La possession des animaux sauvages est perdue dès qu'ils ont repris leur liberté naturelle; celle des animaux apprivoisés, dès qu'ils ont perdu l'esprit de retour (4). Dans ce cas la propriété est également perdue.

La possession des immeubles se perd *corpore* par la *dejectio* et par les actes qui y sont assimilés. La *dejectio* est une cause de perte extrinsèque, elle rend impossible l'empire de la volonté sur la chose. Or il y a *dejectio,* soit que le possesseur ait été expulsé avec violence, soit qu'il ait été retenu captif dans le bien même qu'il possédait (5). Est assimilé à la *dejectio,* le fait du fermier qui repousse celui à qui nous voulons transmettre la possession et qui veut l'appréhender en vertu de notre volonté. Cette violence du fermier est censée exercée sur le bailleur lui-même, disent les L. 12 et 18 D XLIII, 16; elle est assimilée à une *dejectio.* Le fermier repousse l'acheteur que le bailleur a envoyé prendre possession du bien; ensuite lui-même est expulsé par un tiers : les lois citées disent que le bailleur aura l'interdit *unde vi* contre le fermier, et que celui-ci l'aura contre les tiers.

(1) L. 25 pr., et L. 3, § 13, D. h. t.
(2) L. 44, D. h. t.
(3) L. 13 pr., D. h. t.
(4) L. 3, §§ 14, 15 et 16, D. h. t.
(5) L. 1, § 9, D. XLIII, 16; — L. 1, § 47, D. *eod.*

La possession est perdue par la *dejectio,* lors même que l'auteur de la violence n'occupe pas le bien (1).

La possession d'un immeuble se perd aussi lorsqu'on le quitte par crainte, ou lorsqu'on n'ose pas y rentrer, *fuga,* comme disent les auteurs. Mais remarquons bien que dans ce cas l'abandon, quoiqu'il fasse perdre la possession, n'est cependant pas toujours assimilé à une *dejectio.* La différence est importante, car la *dejectio* seule, ou ce qui y est légalement assimilé, donne lieu à l'*interdictum unde vi,* tandis que le simple abandon par crainte, quoiqu'il fasse perdre la possession, ne donne cependant pas toujours lieu à cet interdit. Cette différence s'explique par les considérations que voici :

Autrefois les interprètes ont longuement discuté sur les difficultés que soulevait l'abandon de la possession lorsque le possesseur avait cédé à une simple crainte. Mais comme la possession peut être perdue par l'*animus* seul, il est incontestable que l'abandon auquel le possesseur a été déterminé par crainte, fait perdre la possession. Aussi, quoique les textes du droit romain qui touchent à cette question, paraissent au premier abord opposés, ce n'est pas sur la question de savoir si la possession est perdue par un tel abandon, qu'il y a eu contestation entre les jurisconsultes romains. Mais ce même fait de l'abandon par crainte peut donner lieu à deux autres questions, 1° celle de savoir si cet abandon constitue une *dejectio,* et si partant il y a lieu à l'interdit *unde vi,* 2° si cet abandon donne lieu à l'action *quod metus causa.* Il paraît qu'à l'égard de la première question il y avait autrefois entre les jurisconsultes romains divergence d'opinion. Les uns paraissent n'avoir voulu admettre la *dejectio* que lorsqu'il y avait *vis corporalis.* D'autres ont voulu accorder l'interdit *unde vi* lorsque l'abandon avait eu lieu par une crainte fondée, et dans un danger imminent. D'autres enfin ont adopté l'opinion mitoyenne et ont admis que l'abandon par crainte ne donnait lieu à l'interdit *unde vi,* que si immédiatement après cet abandon ceux qui ont inspiré cette crainte ont aussi occupé

(1) L. 4, § 22, D. XLI, 3.

l'immeuble. Cette dernière opinion est celle qui a été admise au Digeste, d'après l'autorité d'Ulpien, ainsi que cela résulte de la L. 1, § 29, D. XLIII, 16, où du reste se trouvent aussi relatées les deux autres opinions (1).

L'opinion que le seul abandon par crainte doit être regardé comme une *dejectio* donnant lieu à l'interdit, a été reproduite à la L. 33, § 2, D. XLIII, 3. Mais il faut remarquer que cette opinion, ainsi que l'autre qui requérait la *vis corporalis,* est réprouvée par Ulpien à la L. 1, § 29; par conséquent cette L. 33, qui d'ailleurs se rapporte à l'usucapion des *res vi possessae,* ne doit pas nous arrêter davantage.

Quant à la deuxième question, celle de savoir si l'abandon par crainte, qui implique toujours perte de la possession, donne lieu à l'action *quod metus causa,* la L. 9, D. IV, 2, prouve qu'une crainte fondée et un danger présent suffisent pour donner lieu à cette action. De telle sorte que pour bien comprendre les textes qui se rapportent à la *dejectio,* il faut faire une triple distinction :

1° L'abandon qui a lieu par crainte fait dans tous les cas perdre la possession; mais cet abandon, s'il n'est pas suivi de l'occupation de celui qui a inspiré la crainte, n'appartient pas à la perte qui a lieu *corpore* par une cause extrinsèque, mais à celle qui a lieu *animo.* Sous ce dernier rapport la théorie de Muhlenbruch n'est pas exempte de reproche.

2° L'abandon qui a lieu par crainte et dans un danger présent, ne donne pas encore lieu à l'interdit *unde vi,* et ne constitue pas la *dejectio;* mais donne lieu à l'action *quod metus causâ.* — La perte a encore lieu ici *animo.*

3° L'abandon qui non seulement a eu lieu dans un danger présent, mais qui a été suivi de l'occupation du bien par ceux qui ont inspiré la crainte, donne lieu et à l'interdit *unde vi,* et à l'ac-

(1) Voici ce texte : *Idem Labio ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere. Ego, etiam eum qui fugatus et supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.* — Remarquez que dans ce texte il ne faut pas lire *ergo etiam,* comme le voudrait M. de Savigny, mais bien *ego etiam....* ainsi que le portent les manuscrits et les éditions du Digeste.

tion *quod metus causa*. — Ce cas est assimilé à la *dejectio* et il y a perte *corpore*.

De ce qui précède il résulte que le possesseur qui a cédé à une vaine crainte, n'a ni l'interdit *unde vi*, ni l'action *quod metus causa;* que par conséquent ce possesseur ne peut se pourvoir qu'au pétitoire, en recourant soit à la revendication, soit à la publicienne.

Mais la possession d'un immeuble n'est pas perdue lorsqu'un tiers occupe le bien en l'absence et à l'insu du possesseur; il n'y a pas de possession clandestine d'un immeuble : *absentibus et ignorantibus*, dit la L. 46, D. h. t., *praediorum possessio solo animo retinetur*. Tant que le possesseur ignore l'occupation, il conserve ses droits (1). *Ferè, quibuscunque modis obligamur*, dit la L. 153, D. L, 17, *iisdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest : ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum*. Et c'est sur le motif donné par la L. 153, que la L. 46, D. h. t., se base pour dire : *quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.*

La possession, lorsque le bien est occupé pendant l'absence du possesseur, ne sera perdue que si ce possesseur ayant eu connaissance de l'occupation, ne fait rien pour récupérer le bien, ou qu'ayant tenté de le récupérer il a été repoussé et a essuyé une *dejectio* (2); car le possesseur absent qui connaissant l'occupation recourt à la force, est plutôt censé se constituer en légitime défense de sa possession qu'il n'est censé faire une attaque constituant une *dejectio* nouvelle (3). De telle sorte qu'au cas d'occupation du bien d'un absent, trois hypothèses sont possibles :

1° L'absent connaissant le fait d'occupation, a chassé l'intrus. — Dans ce cas il est censé avoir agi en état de légitime défense.

2° Il a lui-même été repoussé. — Dans ce cas il a l'interdit *unde vi* pour rentrer par voie de droit dans sa violence.

(1) L. 18, §§ 3 et 4, D. h. t.
(2) L. 5, L. 6, § 1; et L. 23, § 2, D. h. t
(3) L. 17, D. XLIII, 16.

3° Connaissant la violence, il n'a pas voulu tenter la reprise du bien. — Dans ce cas, suivant la législation du Digeste, il n'a que la voie du pétitoire ouverte devant lui. Cependant ce point a été modifié par Justinien; en vertu de la L. 11, C. VIII, 4, l'absent n'a pas besoin de recourir au pétitoire, l'interdit *unde vi* lui est accordé pour faire déguerpir le possesseur de mauvaise foi, et il a un interdit spécial que l'on appelle l'interdit *momentaneae possessionis,* lors même que le tiers-occupant aurait été de bonne foi (1).

Ainsi, en résumé, outre les causes qui nous font perdre la propriété avec la possession, outre l'occupation d'un bien par la mer ou par un fleuve, nous devons encore citer parmi les causes qui font perdre *corpore* la possession d'un immeuble, la *dejectio,* c'est-à-dire, par exemple, la non admission par le fermier, de l'acquéreur que le bailleur a envoyé prendre possession (2), ou l'abandon de l'immeuble par crainte, suivi de la prise de possession (3).

49. Passons à la perte de la possession tant des meubles que des immeubles par l'*animus.*

La possession se perd *animo,* dit Mulhenbruch (§ 241), lorsque le possesseur manifeste l'intention d'abandonner la chose, soit expressément, soit tacitement, pourvu que cet abandon soit fait par celui qui est capable d'avoir une volonté et d'aliéner (4), et que d'ailleurs l'intention d'abandonner la chose soit certaine; car il ne suffit pas, dit-il, de quitter un lieu, de ne pas y exercer pendant un certain temps les droits de possession pour qu'on soit censé renoncer à ces droits (5).

Cet exposé, conforme à la doctrine de quelques auteurs, ne nous paraît pas complet, parce qu'il faut distinguer d'après nos textes, l'abandon pur et simple, de l'abandon qui est implicitement renfermé dans la tradition.

Quand il s'agit d'un abandon pur et simple, dès qu'il est ma-

(1) L 5 et L. 8, C. VIII, 4.
(2) L. 12 et L. 18, D. XLIII, 16.
(3) L. 1, § 9, D. XLIII, 16.
(4) L. 34 pr., L. 29, L. 27, D. h. t.; — L. 11, D. XLI, 1.
(5) L. 4, C. VII, 32; — L. 3, § 11, D. h. t.; — L. 37, § 1, D. XLI, 3.

nifesté la possession est perdue *animo; Si in fundo sis et tamen nolis eum possidere,* dit Paul à la L. 3, § 6, D. h. t., *protinus amittes possessionem;* et il importe peu que cet abandon soit tout-à-fait spontané ou qu'il ait été déterminé par quelque crainte.

Si au contraire l'abandon se fait par voie de tradition, il est subordonné dans la pensée de celui qui le fait, à la condition que la possession soit acquise par celui à qui la tradition est faite : *nemo eo animo est,* dit la L. 18, D. XLIII, 16, *ut possessionem omittat propter emtorem, quam emptor adeptus non fuerit.* Il n'y aura donc abandon et par suite perte de la possession, que lorsque la possession sera acquise à celui qui doit acquérir la chose, ou lorsque le transmettant aura cru du moins qu'elle lui était acquise : *vult dimittere quia existimat se transferre,* dit la L. 17, D. h. t., dans l'espèce d'une tradition faite à un furieux que le *tradens* a cru sain d'esprit. Dans ce cas le furieux n'a pu acquérir la possession faute d'*animus,* mais le *tradens* ignorant son état, a cru que le furieux l'avait acquise; il a donc voulu faire l'abandon, ce qui suffit pour qu'il ait perdu la possession.

La L. 34, D. h. t., nous donne une autre application du principe que celui qui livre une chose, en abdique la possession par la pensée que l'autre l'acquiert, d'où la conséquence que l'autre doit réellement avoir acquis la possession, ou que le *tradens* doit du moins croire qu'elle a été acquise, pour que la possession soit perdue, pour qu'il soit censé avoir voulu faire abandon. Si vous m'envoyez prendre possession du fonds Cornélien, et que j'aille occuper ce fonds, mais que je croie réellement avoir éte envoyé dans le fonds Sempronien, je n'aurai pas acquis, dit la L. 34, D. h. t., le fonds Cornélien; et comme je n'ai pas n'ai pas acquis la possession, il s'ensuit, dit la même loi, que vous ne l'aurez pas perdue, vous qui n'avez renoncé à la possession qu'à la condition qu'elle me fût acquise : *Ergo nec amittet possessionem qui quodammodo sub conditione recessit de possessione* (1).

(1) Mais, objectera-t-on peut-être, vous croyiez que j'avais acquis la possession, donc elle doit être perdue. Ce raisonnement ne peut s'appliquer ici; il ne serait vrai que si vous aviez connu l'instant de l'appréhension.

Enfin remarquons en dernier lieu que c'est aussi une perte de la possession qui se fait *animo*, que celle qui a lieu par la mort du possesseur.

50. Résumant les explications qui précèdent nous dirons :

La possession que nous exerçons par nous-mêmes se perd CORPORE : *a*. Quand il s'agit de meubles, par les faits susmentionnés, qui rendent impossible la disposition de la chose; *b*. Quand il s'agit d'immeubles, par la *dejectio*, et par les faits qui doivent y être assimilés.

Elle se perd *animo*, par la mort du possesseur, par l'abandon pur et simple, soit spontané, soit causé par la crainte. Mais on remarquera que l'abandon qui est impliqué dans la tradition, étant fait dans la considération qu'un autre acquière la possession, ne sera complet et n'emportera perte de la possession que si cet autre a réellement acquis la possession, ou du moins l'a acquise dans l'opinion du *tradens*.

51. Tels sont en peu de mots les principes qui régissent la perte de la possession lorsque nous possédons par nous-mêmes. Voyons maintenant les cas où la possession est exercée pour nous par un autre qui détient la chose en notre nom.

Suivant l'ordre adopté pour la première hypothèse, nous avons d'abord à nous occuper de la perte qui a lieu *corpore*, d'un meuble ou d'un immeuble.

Lorsqu'un meuble est volé ou enlevé par violence ou complétement perdu, nous perdons la possession des choses qui sont détenues par des tiers, absolument comme si nous les avions détenues nous-mêmes.

Pour ce qui concerne la perte des immeubles *corpore*, c'est-à-dire par une *dejectio*, deux hypothèses sont possibles : le représentant souffre la *dejectio*, ou bien le représenté la souffre tandis que le représentant continue de détenir la chose. Au premier cas, comme le principal détient la chose par le représentant, c'est le principal lui-même, qui dans la personne du représentant souffre la *dejectio;* donc il perd la possession, et c'est pour ce motif aussi que le principal a l'interdit *unde vi* (1). Au second cas, lorsque

(1) L. 1, § 22, D. XLIII, 16.

le principal souffre la *dejectio* tandis que le représentant reste détenteur de l'immeuble, le premier continue de posséder, car il possède toujours par son représentant (1). Dans ce cas le principal pourrait bien intenter l'*actio injuriarum,* mais il n'y aurait pas lieu de recourir à l'action possessoire.

32. Passons aux cas de perte *animo* de la possession exercée pour nous par un tiers.

C'est par l'*animus* seul du principal, du représenté que la possession peut être perdue. L'*animus* seul du représentant ne saurait faire perdre la possession au principal, si à la cessation de l'*animus* ou à l'abandon ne se joint un autre fait de nature à la lui faire perdre. Il suit de là :

1° Que si le représentant se propose simplement de posséder pour lui, la possession ne sera pas perdue pour le représenté : *Solo animo nemo sibi possessionis causam potest mutare.* Mais si au lieu de prendre simplement la résolution de posséder pour lui, le représentant soustrait la chose, ou commet une *dejectio* soit envers son principal, soit envers celui que le principal a envoyé, la possession sera perdue pour le principal; il y aura interversion.

2° De ce que l'*animus* seul du représentant ne saurait perdre la possession au représenté, il suit encore que si le représentant meurt et que par conséquent l'*animus* de posséder pour le principal cesse, la possession sera cependant conservée au principal, à moins qu'*un tiers* ne vienne occuper le bien et que le principal n'ait eu connaissance du fait, sans se mettre en devoir d'expulser l'intrus (2). Nous disons *un tiers,* car les héritiers ne sauraient comme leur auteur, détenir qu'au nom du principal.

3° Du même principe résulte encore que si le représentant a délaissé le bien, la possession n'est pas perdue pour le principal.

Dans le droit antéjustinien cependant, la possession était perdue lorsqu'après l'abandon un tiers était venu occuper le bien; mais Justinien, prévoyant à la L. 12, C. VII, 32, le cas où le représentant aurait abandonné le bien par faiblesse ou par dol, *desidia vel dolo,* ou l'aurait frauduleusement transmis à un tiers,

(1) L. 1, § 45, D. XLIII, 16.
(2) L. 40, § 1, D. h. t.

a voulu qu'il n'en résultât aucun détriment pour le principal; d'où nous concluons avec M. de Savigny (§ 33) que la possession n'est pas perdue pour le principal, soit que le représentant abandonne le bien, soit qu'il le transmette à un tiers.

53. En résumé donc, lorsque nous possédons pour un tiers la possession se perd *animo,* seulement dans la personne du principal, et *corpore* seulement dans la personne du représentant. La *dejectio* que souffre le principal ne lui fait pas perdre la possession, pourvu que le représentant continue de posséder, de même que l'*animus* du représentant, soit que cet *animus* même ait cessé par décès, soit qu'il y ait abandon ou transport à un autre, ne fait pas perdre la possession au principal qui n'a pas changé d'*animus,* et cela pas même dans le cas où un tiers aurait occupé le bien.

Sommaire.

54. Pourquoi ces actions sont-elles appelées *interdicta?*

55. Différence entre l'action et l'interdit, du temps de la procédure formulaire.

56. Exposé sommaire de la procédure en matière possessoire. — De l'*interdictum,* de la *stipulatio* et de la *restipulatio,* ou de la *formula per sponsionem.* — De la *formula arbitraria.* — L'*interdictum* n'était pas un jugement, il n'était pas directement exécutoire, mais en cas d'inexécution il rendait nécessaire un *judicium,* dont la rigueur tendait à refréner le mauvais vouloir des plaideurs; et lorsque l'instance se poursuivait, la procédure n'était nullement sommaire, ni le jugement provisoire; l'instruction se faisait complétement, et le jugement était définitif, comme dans l'action proprement dite.

57. Après l'abolition de la procédure formulaire, toute différence de forme entre les interdits et les autres actions, disparut; il n'y eut plus qu'une différence matérielle résultant de la diversité de leur origine. — Il n'y a que deux sortes d'interdits possessoires : *retinendae* et *recuperandae possessionis;* l'interdit *adipiscendae possessionis* n'est pas un interdit possessoire.

58. Des motifs qui ont fait introduire les actions possessoires. — Opinion de M. de Savigny, combattue par Duroi et Vangerow.

59. Examen de ces deux opinions. — Rapports du possessoire et du pétitoire dans la législation de Justinien. — Dans l'ancien droit les actions possessoires n'étaient pas des actions préalables au réglement de l'instance au pétitoire; elles n'ont pu le devenir qu'après l'abolition des *legis actiones,* lors de l'introduction de la *petitoria formula.*

---

54. Les actions possessoires du droit romain portent le nom d'interdits possessoires, qui leur est venu de la procédure usitée en matière de possession au temps de la procédure *per formulas.* Sous l'empire de la procédure formulaire, le mode de procéder, quand il s'agissait de la possession, se distinguait par un ordre qu'intimait préliminairement le magistrat, aussitôt que les parties avaient exposé le litige. Cet ordre n'était pas intimé sur la requête du demandeur, mais contradictoirement et en présence des deux

parties (1); et tel est le motif pour lequel tous ces ordres, non seulement ceux qui sont des défenses, les *interdicta prohibitoria*, mais aussi ceux qui sont exhibitoires ou restitutoires, portent le nom d'interdits : *omnia interdicta appellari*, dit le § 1, Inst. IV, 15, *quia inter duos dicuntur*.

55. Ce qui distinguait des interdits l'action même prétorienne, c'est que dans celle-ci le préteur promettait, pour les cas désignés dans son édit, de dresser une formule, c'est-à-dire de prescrire la loi et la règle du jugement et de renvoyer les parties devant un juge si elles ne se conciliaient en sa présence : JUDICIUM DABO; tandis que pour l'interdit il n'était pas question dans l'édit, de renvoyer les parties devant le juge, mais d'un ordre positif que le préteur promettait d'intimer : VETO, VIM FIERI VETO, EXHIBEAS, RESTITUAS.

Voyons quel était le but de cet ordre, qui caractérisait l'ancienne procédure possessoire, et à cet effet examinons ce qui le précédait, et ce qui le suivait lorsque la partie à laquelle il était intimé, ne s'y conformait pas.

56. La procédure en matière d'interdits commençait, comme celle de l'action, par l'*in jus vocatio*, l'appel, la citation en justice (2). Si le défendeur ne comparaissait pas, il était considéré comme condamné : *indefensus pro damnato habetur*. S'il comparaissait, le demandeur exposait les faits devant le juge, et postulait l'interdit, après quoi le préteur lançait l'interdit, conformément aux conclusions du demandeur, et dans les mêmes termes que ceux consignés dans l'édit (3).

Si on obtempérait à l'interdit, le procès était terminé. Si au contraire on n'y obtempérait pas, alors seulement commençait après ce préliminaire, l'instruction qui devait conduire au jugement. Lors donc que le défendeur refusait de se soumettre à l'ordre, s'entamait une procédure entre parties tout-à-fait analogue à celle de l'action en revendication, *per sacramentum et per spon-*

(1) BETHMANN-HOLLWEG, *Handbuch des civilprocesses*. Bonn, 1834.

(2) THÉOPHILE, IV, 15, pr.

(3) V. L. 1 pr., D. XLIII, 17. — Comp. avec THÉOPH., § 1, IV, 15; — et L. 1, D. XLIII, 31.

sionem (1). On pouvait dans les interdits exhibitoires et restitutoires, procéder soit *per sponsionem,* soit *per formulam arbitrariam;* mais la *sponsio* avait lieu de plein droit lorsque ni l'une ni l'autre partie ne demandaient un *arbiter*, une *arbitraria formula* (2). De plus, la procédure *per sponsionem* était de rigueur dans les *interdicta prohibitoria,* par conséquent dans les interdits *retinendae possessionis* (3).

Dans la formule *per sponsionem,* le demandeur provoquait le défendeur à lui promettre une certaine somme pour le cas où il serait jugé que celui-ci avait agi contre l'édit du préteur. Ainsi la première atteinte portée au droit de possession ne provoquait que la *sponsio,* la deuxième provoquait le jugement selon les termes de la *sponsio.*

Cette stipulation était suivie d'une *restipulatio* par laquelle le demandeur promettait à son tour une certaine somme au défendeur, pour le cas où celui-ci n'aurait point contrevenu à l'édit, où par conséquent la prétention du demandeur ne serait pas fondée (4).

Après cette *stipulatio* et cette *restipulatio,* après ce pari, chacune des parties recevait une *formula* dans laquelle le préteur invitait le juge à examiner et à décider si, en fait, il avait été contrevenu ou non à l'édit, si par conséquent le défendeur ou le demandeur devait payer la somme.

Toute cette procédure était pénale : *cum poena agere,* dit Gaius, *cum periculo rem ad exitum perducere* (5). Elle avait pour but de punir le défendeur de sa résistance injuste à l'ordre du préteur, et du désordre qu'il avait commis en troublant le demandeur dans sa possession; elle devait également, si le demandeur avait tort, rejaillir sur lui, et le punir d'avoir injustement inculpé le défendeur.

Toutefois, si cette procédure était pénale, elle était en même

(1) Comp. Gaius, IV, §§ 16, 17, 89, 91, 165, 169.
(2) Gaius, IV, §§ 141, 163.
(3) Gaius, IV, § 141.
(4) Gaius, IV, §§ 165, 167.
(5) Aux §§ 141 et 162 du Liv. IV.

temps préjudicielle, elle entraînait après elle un second jugement appelé *judicium cascellianum,* ou bien *secutorium* parce qu'il est une conséquence du gain du pari : *quod sequitur sponsionis victoriam* (1).

Dans les *interdicta duplicia* (ceux *retinendae possessionis*), le pari était double, chacune des parties faisant la *stipulatio* et la *restipulatio.*

Le *judicium secutorium* condamnait la partie qui succombait, si elle était en possession, à restituer la possession à celle qui triomphait; car il faut remarquer que pendant l'instance la possession était accordée par le préteur à celle des parties qui offrait le plus haut prix pour la jouissance de la chose.

Ce *judicium secutorium* relatif à la restitution de la chose était un *arbitrium,* c'est-à-dire un jugement interlocutoire. Après ce *judicium* le condamné avait un délai pour faire la restitution. S'il ne la faisait pas, le juge prononçait la *condemnatio,* qui d'après un principe général consistait en une somme d'argent (2).

A défaut de payement dans les délais légaux, il y avait lieu à la *misiso in bona,* et par suite à la *venditio bonorum.* Tant que fut conservée la procédure formulaire, l'exécution, par un respect outré pour la liberté du citoyen, ne fut jamais dirigée directement contre la chose qui était l'objet de la contestation. Le citoyen ne pouvait pas être directement forcé de se dessaisir d'une chose malgré lui; on tâchait de déterminer indirectement la partie condamnée, par les condamnations pécuniaires qu'elle encourait, à se conformer au jugement, qui dans toutes les actions exhibitoires et restitutoires, était toujours un *arbitrium.* Toutefois, si le condamné persévérait dans son inaction, s'il ne pouvait satisfaire au *judicatum,* il devait subir l'esclavage, et tous ses biens étaient vendus.

Cette règle, par laquelle la liberté du citoyen était à la fois trop et trop peu respectée, fut suivie pendant toute la durée de la République et dans les premiers temps de l'Empire. Mais du temps d'Ulpien nous voyons que dans tous les cas où il s'agissait d'ex-

(1) Gaius, IV, § 169.
(2) Gaius, IV, § 48.

hiber ou de restituer une chose, celle-ci pouvait être enlevée au condamné *manu militari*, et que ce n'était que lorsque le condamné s'était placé, par sa faute, dans l'impossibilité de la donner, que la condamnation avait pour objet l'estimation, et les dommages-intérêts s'il y avait dol (1).

Si maintenant nous nous demandons ce qui caractérise particulièrement cette procédure, nous trouverons que c'est : 1° l'*interdictum* (l'ordre), 2° les *sponsiones* (le pari), qui étaient nécessaires dans les *interdicta prohibitoria*, et qui ne pouvaient être évités dans les autres que lorsque l'une des parties avait *in jure* demandé un *arbiter* (2).

De là nous conclurons que dans les *interdicta*, qui, à l'exception des interdits possessoires, intervenaient toujours dans un intérêt public ou religieux (3), le préteur qui avait la *jurisdictio* avec l'*imperium*, qui réunissait dans sa personne l'administration de la justice et de la sûreté publique tout à la fois, avait d'abord pour but d'arrêter les voies de fait de nature à compromettre la sûreté publique; de là l'ordre qu'il lançait conformément aux conclusions du demandeur, et sans examen du fond. Cet ordre n'était donc pas un jugement, il ne faisait pas droit entre parties, le défendeur pouvait y obtempérer ou ne pas s'y conformer, le préteur ne l'y contraignait pas, et d'après les principes que nous venons d'exposer, le préteur n'aurait pas même pu l'y contraindre directement. Mais tout tendait à l'engager indirectement à acquiescer à l'ordre. La *stipulatio* et la *restipulatio* devaient refréner les instincts processifs du défendeur récalcitrant et du demandeur téméraire; et dans les cas mêmes où les parties pouvaient se soustraire à cette procédure pénale par la demande d'un *arbiter*, dans les *interdicta exhibitoria* et *restitutoria*, la condamnation que prononçait le juge *ex arbitrio* et en cas de dol, sur le *juramentum in litem* de la partie qui triomphait, devait faire redouter le *judicium* à celle qui était dans le cas de succomber, d'autant plus que l'exécution du jugement, s'il ne pouvait y être satisfait, entraînait l'esclavage.

(1) L. 68, D. VI, 2, comp. avec Gaius, IV, §§ 48 et 166-169.
(2) Gaius, IV, 141-163.
(3) L. 2, §§ 1, 2, 3, D. XLI, 3. — V. Zimmern, *Histoire du Droit romain*.

Le but des interdits était donc de faire cesser les voies de fait et d'engager les parties à se concilier par la considération des pertes auxquelles elles s'exposaient, et des rigueurs du *judicium : certis ex causis,* dit Gaius (IV, § 139), *praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis praeponit, quod tum maxime facit cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.* — La procédure dans les interdits avait donc pour but de terminer promptement la contestation; et en ce sens elle pouvait être dite sommaire.

Mais dès qu'on en venait au *judicium* même, dès que l'ordre du préteur n'était pas respecté, la procédure n'était nullement sommaire. Comme dans l'action proprement dite, l'instruction était complète et le jugement n'était pas provisoire, mais définitif. C'est pourquoi les interdits ont durant tout le temps de la procédure formulaire, constitué des *judicia ordinaria* (1).

57. Après l'abolition de la procédure formulaire, lorsque tout le procès s'instruisit et se jugea devant le préteur, lorsque la produre autrefois extraordinairement établie pour des cas exceptionnels, alors que le droit était patent et les faits avoués devant le préteur, devint la procédure commune, tout différence de forme entre les interdits et les actions disparut, il n'y eut plus d'ordre lancé préliminairement, ni de stipulations pénales, et les interdits ne conservèrent plus, de ce qui les caractérisait autrefois, que leur nom.

De sorte que dans la législation de Justinien les interdits ne se distinguent plus des autres actions, de celles *in personam* comme de celles *in rem,* que par leur fondement matériel. Si les actions personnelles sont fondées sur les obligations, si celles *in rem* le sont sur la propriété ou sur un droit de propriété, les interdits le sont sur la possession. Par ce motif aussi les *interdicta adipiscendae possessionis,* comme l'*interdictum quorum bonorum* ne sont pas des interdits possessoires, des actions possessoires, pas plus que l'action *emti* par exemple; car ces interdits ont la possession pour but, et non pour fondement. Les seuls interdits possessoires

(1) V. L. 1, § 2, D. XXV, 6.

sont donc les *interdicta retinendae* et *recuperandae possessionis.*

58. Sur l'origine des actions possessoires, M. de Savigny professe une opinion dont le germe se trouve dans l'histoire romaine de Niebuhr. Selon lui cette origine se rattacherait à l'*ager publicus* qui, constituant une propriété de l'état et n'étant pas susceptible d'être revendiqué comme chose que le citoyen pût dire sienne *ex jure Quiritium,* aurait été protégé comme simple *possessio.* De là les interdits auraient été successivement étendus à d'autres objets, et les interdits *retinendae possessionis* auraient été employés pour règler l'instance au pétitoire.

Outre cette considération que la possession de l'*ager publicus* ne pouvait constituer un *dominium ex jure Quiritium,* ni être objet d'une revendication, et que cette possession, même pour empêcher la violence, avait besoin d'être protégée, M. de Savigny fait valoir un autre argument tiré de ce que le mot *possessio* servait primitivement à désigner la jouissance de l'*ager publicus.*

Cette opinion, entourée de beaucoup de probabilités, a été combattue par Duroi (1) et Vangerow. Selon ceux-ci les actions possessoires auraient une cause bien plus générale que l'*ager publicus.* Ce qui le prouve, disent-ils, c'est que très-anciennement il y avait un interdit pour les meubles comme pour les immeubles. Pour attribuer l'origine des actions possessoires à l'*ager publicus,* M. de Savigny aurait donc dû, disent-ils, prouver aussi que l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles a été antérieur à l'interdit *utrubi* pour les meubles, preuve qu'il n'a point faite et qu'il est impossible de faire.

D'un autre côté, les Institutes de Gaius et les textes les plus formels du Digeste (2) nous représentent les interdits *retinendae possessionis,* comme ayant eu pour objet de déterminer laquelle des deux parties doit, dans l'instance en revendication, accepter le rôle de partie défenderesse ou de demanderesse, attendu que le demandeur seul doit prouver son droit, et que le défendeur ou possesseur triomphe par cela seul que le demandeur ne réussit pas à faire cette preuve.

(1) *Archiv. für civilist. Praxis,* t. VI.

(2) Gaius, IV, § 148, L. 1, §§ 2 et 3, D. XLIII, 17; — L. 35, D. XLI, 2.

59. Il est incontestable que depuis l'abolition des *legis actiones* et l'introduction de la *petitoria formula,* les interdits *retinendae possessionis* ont eu principalement pour objet de régler l'instance au pétitoire, ainsi que nous allons l'exposer, quoique du reste, lorsque les parties recouraient d'abord au possessoire, la question de la possession demeurât entièrement indépendante de la question de propriété : *nihil commune habet proprietas cum possessione,* dit la L. 12, § 1, D. XLI, 2.

Ainsi dans la législation de Justinien, lorsque les parties se pourvoyaient d'abord au pétitoire, mais qu'en même temps le débat portait sur la possession, le jugement sur la possession était nécessaire préalablement à l'instance au pétitoire. Le demandeur en revendication, par cela seul qu'il avait revendiqué, n'était pas censé reconnaître le défendeur comme possesseur (1), ainsi que cela a lieu dans notre droit moderne (2). Nonobstant la revendication, il pouvait pendant le litige, *pendente lite,* dit la L. 18, D. XLIII, 16, abandonner le pétitoire pour intenter les actions possessoires, soit l'interdit *retinendae,* soit l'interdit *recuperandae possessionis;* et le juge de son côté, lorsque les parties ne s'entendaient pas sur la possession, devait préalablement et d'office les renvoyer au possessoire (3). Par conséquent, lorsque les parties recouraient d'abord au pétitoire et que là elles se contestaient et la propriété et la possession, le jugement sur la possession était un préalable nécessaire. Mais lorsque les parties recouraient d'abord au possessoire, le jugement au possessoire, quoiqu'il assurât au vainqueur le rôle de défendeur dans l'instance en revendication, et qu'il rejetât par conséquent la preuve sur l'autre partie (4), était cependant indépendant du pétitoire et ne préjugeait rien au fond; la question de propriété restait la même. Dans ce sens on disait : *Nihil commune habet proprietas cum possessione,* ce qui veut dire aussi que celui qui a intenté

(1) L. 12, § 1, D. XLI, 2. — L. 18, § 1, D. XLIII, 16.

(2) Art. 26 du Code de Proc. civ. : « Le demandeur au pétitoire ne sera plus reçu à agir au possessoire. »

(3) L. 1, §§ 2 et 3, D. XLIII, 17.

(4) L. 24, D. VI, 1.

l'action au pétitoire, peut encore, avant que le jugement soit intervenu, *pendente lite,* recourir au possessoire : *Non denegatur interdictum uti possidetis, ei qui coepit rem vindicare,* dit la L. 12, § 1, D. XLI, 2.

Tels sont les rapports entre la possession et la propriété sous la législation de Justinien.

De cet exposé il résulte déjà qu'il n'est pas exact de dire que l'interdit *retinendae possessionis* n'a d'autre objet que de régler l'instance au pétitoire; car la possession forme aussi une instance à part et tout-à-fait indépendante de la propriété, lorsque les parties commencent par engager le débat sur la possession, débat qui n'est pas toujours suivi de la revendication, surtout si la possession est ancienne et qu'il n'existe pas de titres.

D'un autre côté il n'est pas même vrai que dans l'ancien droit le jugement au possessoire fût un préalable nécessaire pour l'instance en revendication. Car dans l'ancien droit, ou bien l'on se prétendait propriétaire *ex jure Quiritium,* et dans ce cas l'on intentait l'action en revendication, ou bien l'on ne pouvait pas se prétendre propriétaire *ex jure Quiritium,* et alors avant l'introduction de la *petitoria formula,* l'on ne pouvait intenter que les actions possessoires.

Reprenons ces deux hypothèses.

Si l'on se prétendait propriétaire *ex jure Quiritium,* le débat sur la propriété dominait tout, la question de la possession n'était pas examinée et le demandeur succombait dès qu'il ne prouvait pas qu'il était *dominus ex jure Quiritium.* C'est ce que prouve la procédure de l'ancienne revendication. Dès le commencement de l'instance le préteur accordait la possession à l'une ou à l'autre des parties : *secundum alterum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat;* et il lui ordonnait de fournir des cautions, *praedes,* à l'effet de restituer, en cas de condamnation, et la chose et les fruits, *eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarium, id est rei et fructuum,* dit Gaius IV, § 16. Dans cette ancienne procédure *per sacramentum,* ainsi que dans celle *per sponsionem,* la question de la possession n'était nullement séparée de la question de propriété, et

le jugement au possessoire ne pouvait par conséquent pas former un préalable nécessaire pour régler l'instance du pétitoire. Cette procédure se conçoit lorsqu'on observe que pour être propriétaire *ex jure Quiritium,* il fallait invoquer un mode d'acquisition publique, soit la *mancipatio,* soit l'*in jure cessio,* soit l'usucapion qui suppléait au défaut de publicité. Or dans ces conditions, la preuve de la propriété n'était guère difficile, ni contestable; l'une ou l'autre partie parvenait facilement à prouver l'acquisition publique ou l'usucapion, qui n'était que d'un ou de deux ans.

Lorsqu'on ne se prétendait pas propriétaire *ex jure Quiritium,* lorsqu'on était dans l'impossibilité d'invoquer, s'il s'agissait d'une *res mancipi,* l'un ou l'autre des modes d'acquisition précités, ou lorsque le débat existait entre étrangers n'ayant pas le *commercium,* ou entre citoyens relativement à l'*ager publicus,* il ne restait anciennement aux parties qu'à se pourvoir au possessoire; car la *petitoria formula* n'a pu être introduite qu'après l'an 520, époque de l'abolition des actions de la loi; et l'action publicienne qui par une fiction considérait comme propriétaire celui qui était en condition d'usucaper, remonte à peu près à la même époque, à l'an 516 ou 521.

De cet exposé nous conclurons que M. de Savigny a eu raison de ne pas voir l'origine des actions possessoires à Rome dans la nécessité de juger préalablement la question de possession pour régler l'instance en revendication; que l'origine des actions possessoires se trouve plutôt dans la protection que réclamait la possession dans les cas où le possesseur ne pouvait se prétendre propriétaire *ex jure Quiritium,* ainsi que cela avait lieu lorsqu'on était possesseur d'une portion de l'*ager publicus.*

Toutefois, la cause que M. de Savigny a assignée à l'origine des interdits est trop spéciale. Ce qui le prouve, comme l'ont fort bien dit ses adversaires, c'est que s'il était vrai qu'à l'*ager publicus* seul se rattachât l'origine des interdits, il n'y aurait eu dans le principe qu'un seul interdit *retinendae possessionis,* l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles, tandis que fort anciennement déjà il y en avait deux. En effet, la possession de l'*ager publicus* n'était pas le seul cas où sans être *dominus ex jure*

Quiritium, l'on avait cependant le meilleur droit de posséder une chose. A côté de cette possession il y avait l'acquisition d'une *res mancipi* autrement que par la *mancipatio* et l'*in jure cessio,* acquisition qui avant l'introduction de la publicienne et de la *petitoria formula* n'avait d'autre protection que celle des interdits. Enfin il y avait encore les acquisitions faites par des étrangers, et peut-être toutes celles faites par un mode d'acquisition *ex jure gentium,* tels que l'occupation, la tradition.

L'application des interdits à ces divers cas, écarte l'objection des adversaires de M. de Savigny, et explique pourquoi dans le principe il y avait un interdit *retinendae possessionis* pour les meubles comme pour les immeubles.

Dans la suite, après l'introduction de la *petitoria formula,* lorsque celui qui, sans être *dominus ex jure Quiritium,* avait le meilleur droit de possession, pouvait revendiquer même contre le tiers qui ne l'avait pas spolié, lorsque les modes d'acquérir *ex jure gentium* furent de fait assimilés à ceux *ex jure civili,* même à l'égard de la *res mancipi,* et que l'acquisition de la propriété reposa sur la *traditio* et la *justa causa,* sur des actes privés dont la preuve était plus difficile et plus contestable, l'on conçoit que pour réglementer cette preuve à laquelle tendait l'instruction qui se faisait au pétitoire, on ait d'abord renvoyé les parties qui se contestaient à la fois la propriété et la possession, à faire juger préalablement ce point, afin que le juge pût reconnaître à laquelle des deux parties devait principalement incomber le devoir de faire la preuve de la propriété.

De sorte qu'il faut dans la question que nous venons de discuter, se prononcer pour l'opinion de M. de Savigny, sous cette réserve cependant qui écarte l'objection principale soulevée contre ce système : qu'au lieu de rattacher l'origine des interdits possessoires à l'*ager publicus* exclusivement, il faut reconnaître que les actions possessoires ont été introduites pour protéger tous les possesseurs qui ne pouvaient se dire *domini ex jure Quiritium,* c'est-à-dire tous les possesseurs comme tels; car par cela seul qu'ils étaient possesseurs, ils avaient plus de droits que ceux qui ne l'étaient pas, que ceux qui possédaient à leur égard *vi, clam,*

precario (1). Les interdits ont donc été introduits, non pas seulement à cause de l'*ager publicus,* mais pour protéger la possession qui, comme nous l'avons démontré, est toujours un droit au moins relatif, et pour empêcher les voies de fait et les violences.

Du reste, les formes de l'ancienne procédure en revendication et en matière de possession (2), ainsi que la L. 12, § 1, D. XLI, 2, nous prouvent que dans le principe ces procédures, soit qu'on eût commencé à agir au pétitoire, soit qu'on eût agi au possessoire, étaient entièrement séparées et indépendantes l'une de l'autre; et elles le sont demeurées, si ce n'est qu'après l'introduction de la *petitoria formula,* la question de la possession a été considérée comme préalable lorsque les parties se sont pourvues directement au pétitoire (3).

(1) L. 1 et L. 2, D. XLIII, 17.
(2) Gaius, IV, §§ 16, 93 et 165-169.
(3) Comp. Chauffour, *Revue de Législation,* 1846, 2, p. 501.

DE L'INTERDIT *RETINENDAE POSSESSIONIS*.

Sommaire.

60. Il y avait avant Justinien deux espèces d'interdits *retinendae possessionis :* l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles et l'interdit *utrubi* pour les meubles. — Ce qui les distinguait primitivement, et comment ils furent confondus sous Justinien.

61. Objet de l'interdit *retinendae possessionis : a.* maintenue; — *b. cautio de non amplius turbando.*

62. Suite. — *c.* Dommages-intérêts. — Quand y a-t-il lieu aux dommages-intérêts et que comprennent-ils? — Il faut distinguer quatre hypothèses.

63. Conditions requises pour exercer l'interdit *retinendae possessionis.* — Les faits qui donnent lieu à l'interdit *retinendae possessionis,* doivent impliquer contestation sur la possession. — Explication de ce principe et des textes qui s'y rapportent.

64. Suite.

65. L'interdit *retinendae possessionis* est un *judicium duplex.* — Ce qu'il faut entendre par là.

66. Des exceptions que l'on peut opposer dans l'interdit *retinendae possessionis.* — *Exceptio vitiosae possessionis,* — *Exceptio juris possessionis* ou *utilis possessionis,* — *Exceptio temporis.*

67. Du *possessorium summarium* ou *summarissimum,* ou de la récréance. — Elle n'entraîne qu'un jugement provisoire sur la possession, en attendant que le jugement définitif sur l'interdit *uti possidetis* soit intervenu. — Son but et son origine.

---

60. Avant Justinien il y avait deux interdits *retinendae possessionis,* l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles, l'interdit *utrubi* pour les meubles. Ce dernier, que Justinien confondit avec le premier en le soumettant aux mêmes règles, s'en séparait primitivement en ce qu'il ne requérait pas qu'on invoquât la possession actuelle, mais seulement qu'on se prétendît possesseur pendant la plus grande partie de l'année qui avait précédé l'action, tandis que pour intenter l'interdit *uti possidetis,* on devait invoquer sa possession au moment même de l'action (1).

(1) Gaius, IV, 150-152.

Pour établir cette possession pendant la plus grande partie de l'année, il y avait *accessio temporis* comme dans notre possession annale (1), c'est-à-dire qu'on pouvait se prévaloir du temps pendant lequel avait possédé l'auteur à qui l'on avait succédé, soit à titre universel, soit à titre particulier. Ainsi lorsqu'une chose m'avait été volée ou enlevée de force, j'avais d'abord les actions du vol, l'action *vi bonorum raptorum* contre l'auteur ou le complice; j'avais contre le tiers la revendication qui exigeait la preuve de la propriété; j'avais de plus l'interdit *utrubi*, qui exigeait l'unique preuve de la possession la plus longue pendant la dernière année. Celui en effet qui prouvait cette possession, avait le droit de possession et était présumé posséder encore au moment de l'action (2), et c'est en vertu de cette espèce de fiction que l'interdit *utrubi* a été considéré comme un interdit *retinendae possessionis*.

Il fut confondu par Justinien avec l'interdit *uti possidetis* et soumis aux mêmes conditions que ce dernier, si ce n'est que lorsque le défendeur possédait *clam* un meuble, on agissait préalablement contre lui par l'action *ad exhibendum* (3).

61. Le but de l'interdit est de maintenir celui qui sera reconnu possesseur, et d'empêcher les voies de fait et violences; et à cet effet la partie qui succombe peut être condamnée à fournir caution de s'abstenir de tout trouble à l'avenir, *cautio de non amplius turbando*.

Le droit qu'a le juge d'ordonner cette caution, n'est fondé sur aucun texte formel; mais, comme l'a fait observer M. de Savigny, il est implicitement renfermé dans le droit du juge d'ordonner les mesures qui tendent à faire exécuter sa sentence. Quant à la L. 1, C. VIII, 6, qui a été citée comme conférant au juge le droit d'exiger cette caution, elle se rapporte à l'action en revendication dans un cas où le jugement au possessoire est suivi de l'action pétitoire : *satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet*. Il s'agit dans ce texte de la caution que le défendeur à une action *in rem*,

(1) Art. 23 du Code de proc. civ.
(2) Gaius, IV, § 160.
(3) L. 3, §§ 5 et 12, D. X, 4.

devait donner au demandeur à l'effet de restituer la chose avec les fruits, caution à défaut de laquelle la possession durant l'instance au pétitoire pouvait être transférée au demandeur, à la charge pour lui de fournir cette même caution (1). Cette mesure, encore usitée du temps de Dioclétien et de Maximien, ainsi que l'atteste la L. 1, C. VIII, 6, fut abolie par les constitutions ultérieures de Théodose et d'Anastase (2). Par conséquent c'est à tort qu'on en appelle à la L. 1, C. VII, 6, pour établir la *cautio de non amplius turbando;* mais il faut regarder cette caution comme renfermée dans le droit que le juge a d'assurer l'exécution de la sentence.

62. Le but de l'interdit est aussi de faire obtenir au vainqueur les dommages-intérêts que la L. 3, § 11, D. XLIII, 17, désigne en ces termes : *Quanti uniuscujusque interest possessionem retinere.* Mais une question se présente ici : c'est de savoir si ces dommages-intérêts ont pour cause seulement la contestation du litige, ou s'ils ont en même temps pour cause le trouble extrajudiciaire; en d'autres termes, s'ils comprennent aussi le dommage causé pour les faits qui constituent le trouble?

M. de Savigny enseigne que l'interdit *uti possidetis* a pour objet la réparation de tout dommage causé par le trouble, tant les pertes que les avantages non réalisés. Il cite la L. 3, § 11, D. XLIII, 17 : *Quanti uniuscujusque interest possessionem retinere.* Vangerow enseigne que cet interdit n'a pas pour objet tous les dommages et intérêts, mais seulement la valeur de la possession. Wiederhold (3) réduit la condamnation au dommage causé depuis l'introduction de l'instance, il exclut la réparation du dommage causé par le trouble; et en effet la L. 3, D. XLIII, 1, porte : *In interdictis exindè ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro;* et la L. 1, § 40, D. XLIII, 16, n'établit d'exception à ce principe que pour l'interdit *unde vi,* où l'on doit tenir compte des fruits à partir de la *dejectio. Ex die, quo quis dejectus est,*

(1) Comp. Gaius, IV, § 91. — Paul, I, Tit. II, § 1.

(2) L. 17, C. XII, 1; — L. 12, C. XII, 9. — Pr. et § 2, Inst. IV, 11.

(3) Wiederhold, *Das interdictum uti possidetis, und die novi operis nunciatio.* Hanau, 1831 (page 47).

fructuum ratio habetur : quamvis in caeteris interdictis, ex quo edita sunt, non retro computantur.

Il est donc établi par ces textes que les pertes antérieures à l'introduction de l'instance ne sauraient être prises en considération dans l'interdit *uti possidetis,* et cela se confirme encore par les termes de la L. 3, § 11, D. XLIII, 17, où nous lisons : *Quanti uniuscujusque interest possessionem* RETINERE, et non pas RETINUISSE. La défense de la possession, le maintien du possesseur, et ce qui s'ensuit, tel est l'objet unique de l'interdit; la condamnation à payer la valeur de la possession n'en est que la suite, la conséquence nécessaire qui formait autrefois l'objet du *judicium secutorium* (1).

Tel est le principe qui résulte de la combinaisou des L. 1, § 4, et L. 3, § 11, D. XLIII, 17, avec les L. 3, D. XLIII, 1, et L. 1, § 40, D. XLIII, 16. — Voyons en maintenant l'application aux différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

Un propriétaire se plaint d'être troublé dans sa possession. Si le fait renferme une *dejectio,* il agira par l'interdit *unde vi* en vertu duquel il a droit à tous dommages-intérêts quelconques : *Qui vi dejectus est,* dit la L. 1, § 31, D. XLIII, 16, *quidquid damni senserit ob hoc quod dejectus est, recuperare debet; pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset dejectus* (2). — Dans cette loi la violence s'attaque à la personne; c'est pour cela qu'elle constitue une *vis,* une *dejectio.*

Si sans avoir essuyé une *dejectio,* je suis troublé dans ma possession, c'est-à-dire si mon droit de possession m'est contesté, car c'est là ce qu'il faut entendre par trouble, j'ai l'interdit *uti possidetis,* qui est, remarquons-le bien, uniquement fondé sur la contestation de la possession. Car si, sans me contester la possession, on me faisait un dommage à ma propriété, il n'y aurait pas lieu à cet interdit, mais à l'action *ex Lege Aquiliâ* ou à l'interdit *quod vi aut clam,* lorsque le fait touche au sol et à ce qui y est attenant, par exemple si on détruit ou qu'on dégrade à mon insu ou contre mon gré les bâtiments, si l'on déblaie le sol ou que l'on

(1) GAIUS, IV, 169.
(2) Comp. L. 11, D. *eod.*

comble des fossés, ou que l'on arrache les arbres et les plantations.

Selon la L. 9, D. XLIII, 24, si l'entreprise se commettait sur les fruits, il n'y aurait plus lieu à l'interdit *quod vi aut clam,* mais à l'action de la loi *Aquilia.* — Remarquez que le mot *vis,* dans l'interdit *quod vi aut clam,* a un sens très-large, et signifie tout ce qui se fait contre le gré de la partie plaignante; la moindre opposition, celle même qui ne consisterait qu'en paroles, si l'on n'en tenait pas compte, constituerait la *vis* (1).

Enfin l'action *negatoria servitutis* a une extension encore plus générale que l'interdit *quod vi aut clam,* car pour être intentée elle ne requiert pas même un fait de l'adversaire; un simple accident suffirait pour y donner lieu. Ainsi aux termes de la L. 17, D. VIII, 5, si le mur du voisin s'est affaissé et a fait saillie sur mon fonds, l'action négatoire pourra être intentée.

Il suit de là que toute infraction au droit de propriété, tout dommage qui est réparable, tombe nécessairement sous l'une ou l'autre de ces actions.

Mais les faits qui donnent lieu à l'interdit *quod vi aut clam,* à l'*actio negatoria* ou à l'action *ex Lege Aquilia* peuvent aussi être posés avec intention de contester la possession. Dans ce cas il est évident qu'il y a ouverture à deux actions : à l'interdit *uti possidetis* d'abord, et à l'interdit *quod vi aut clam* (2), ou à l'action négatoire, ou à celle *ex Lege Aquilia;* et il ne l'est pas moins que par rapport à ces différentes actions l'interdit *uti possidetis* est à la fois préalable et préjudiciel; car l'intérêt que la loi requiert pour qu'on puisse intenter l'interdit *quod vi aut clam,* ou l'action *ex Lege Aquilia,* ne peut exister lorsqu'on conteste tout droit à celui qui voudrait recourir à ces actions. Il y a plus : l'interdit *quod vi aut clam* cesse lorsque l'auteur de l'entreprise soutient qu'il a le droit de faire ce qu'il entreprend, et qu'il offre de donner caution à l'effet de se défendre en justice (3).

Par conséquent lorsqu'il n'y a pas *dejectio,* deux cas sont d'abord possibles : ou bien le trouble, qui doit dans tous les cas impliquer

(1) L. 1, § 2, D. XLIII, 24.
(2) V. L. 5, § 10, D. XXXIX, 1.
(3) L. 3, § 5, et L. 16, D. XLIII, 24.

contestation sur la possession, est un fait dommageable, ou il consiste dans une simple contradiction verbale, comme serait par exemple une contestation de la possession, alors que l'instance en revendication est liée entre parties. Si le trouble qui fonde l'action est une simple contestation verbale, il ne peut être question de dommages-intérêts.

S'il est un fait dommageable, ce sera en vertu d'une des actions précitées, en vertu de l'interdit *quod vi aut clam,* ou de l'action négatoire, ou de l'action *ex Lege Aquilia,* que le dommage se poursuivra après que la contestation sur la possession aura été vidée. C'est par ce motif qu'Ulpien, en comparant l'interdit *unde vi,* avec l'interdit *uti possidetis,* dit à la L. 1, § 4, D. XLIII, 17 : *Omnis de possessione controversia eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc ut retinere nobis liceat, quod possidemus;* et c'est pour le même motif que la L. 35, D. XLI, 2, ajoute : *Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronunciet judex uter possideat.*

Mais deux autres cas sont encore possibles : le trouble sans avoir causé de *damnum emergens,* peut avoir déterminé la cessation d'un *lucrum;* par exemple, il consiste dans des faits qui sans constituer une *dejectio,* ont empêché le propriétaire de poser des actes utiles, et l'ont gêné dans la jouissance. Dans ce cas, l'auteur du trouble peut être condamné, aux termes de la L. 3, § 11, D. XLIII, 17, à payer *quanti interest possessionem retinere,* et il sera tenu compte des fruits, aux termes de la L. 3, D. XLIII, 1, à partir de l'instant de la demande.

Enfin un quatrième cas peut se présenter : c'est celui où l'une des parties sans contester à son adversaire la possession actuelle, soutient et prouve que cet adversaire possède à son égard *vi, clam* ou *precario.* Dans ce cas le jugement devra ordonner une restitution, laquelle, si la partie condamnée a possédé *vi,* se fera selon les règles de l'interdit *unde vi,* c'est-à-dire avec tous les dommages-intérêts à partir de la *dejectio;* que si elle a possédé *precario,* les fruits ne sont dûs suivant les règles de l'interdit *de precario* qu'à partir de la demande (1).

(1) L. 8, § 4, D. XLIII, 26.

Par conséquent, en résumé, quatre hypothèses sont possibles :

1° L'interdit *uti possidetis* est intenté pour une simple contestation verbale, et les dommages-intérêts ne se conçoivent pas (1).

2° Il s'intente pour des voies de fait qui impliquent dommage et contestation; dans ce cas la réparation du dommage se fera en vertu d'une des actions nommées ci-dessus, et l'interdit *uti possidetis* est tout à la fois une action préalable et préjudicielle. Remarquez ici que si les voies de fait constituent une *dejectio,* il y aura lieu à l'interdit *unde vi* (2), moyennant lequel le *dejectus* obtiendra tous dommages-intérêts; c'est pourquoi la L. 1, § 4, D. XLIII, 17, dit que c'est seulement quand on ne peut pas recourir à l'interdit *unde vi* que l'on recourt à l'interdit *uti possidetis.*

3° Le trouble ne constitue ni une *dejectio,* ni un *damnum emergens;* les faits ont une conséquence négative; ils empêchent la partie qui se plaint de jouir de la chose, ils la gênent dans cette jouissance (3) : Le *lucrum cessans* doit être compensé en vertu de l'interdit *uti possidetis* (4).

4° Il y a au procès une partie qui tout en reconnaissant la possession dans la personne de l'adversaire, soutient et prouve que l'adversaire possède à son égard *vi, clam* ou *precario.* Dans ce cas il y aura lieu à restitution de la possession, et cette restitution se fera suivant les principes de l'interdit *de vi* ou *de precario.*

63. Les conditions requises par la loi pour qu'on puisse intenter l'interdit qui nous occupe, sont :

Que l'on soit possesseur au moment où l'on intente l'action, ou plutôt qu'on se prétende possesseur et que la même prétention soit en même temps élevée par la partie adverse. En d'autres termes, pour qu'il y ait lieu à l'interdit *uti possidetis,* il faut que la possession soit contestée entre parties; d'où il suit que le fait dont le demandeur se plaint, doit être de telle nature qu'il ait été posé *animo domini vel sibi possidendi,* et qu'il ait eu pour but de lui disputer la possession. Cette condition est requise en termes for-

(1) L. 1, § 4, D. XLIII, 17.
(2) L. 1, § 31, D. XLIII, 16.
(3) L. 3, § 2, D. XLIII, 17.
(4) L. 3, § 11, D. XLIII, 17; — L. 3, D. XLI, 3.

mels comme fondement de l'action, par la L. 1, § 1, D. XLIII, 31, aux mots : *qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet* (1).

Si le fait quoique dommageable, quoique portant une atteinte à notre droit, ne tendait pas dans son espèce à nous contester la possession, il y aurait lieu à l'une des actions que nous avons citées au numéro précédent, soit à l'action *ex lege Aquilia,* soit à l'interdit *unde vi,* soit à l'action négatoire. C'est ce que prouvent de nombreux textes dont nous allons analyser les principaux :

L. 3, § 5, D. XLIII, 17. — J'ai un édifice qui par quelque partie avance et fait saillie sur la propriété du voisin. Y a-t-il lieu dans ce cas à l'interdit *uti possidetis?* Nullement, dit Ulpien, car je possède l'édifice, et le voisin possède le sol ; il n'existe aucune contestation ni sur le sol ni sur l'édifice; donc, dit le jurisconsulte, *utrique est inutile interdictum.* En effet, comment concevoir une action et un jugement possessoires sans qu'il y ait contestation sur la possession? C'était donc commettre une erreur que de prétendre, comme l'a fait Cujas, qu'il fallait lire : *utrique est utile,* au lieu de *inutile.* Ce n'est qu'en partant du principe que toute infraction au droit de propriété, que tout dommage injuste, donne lieu à l'interdit *uti possidetis* qu'on a pu être amené à faire ainsi violence à la loi. Mais le principe d'où l'on partait était erroné dans sa base, puisque la loi requiert formellement qu'il y ait contestation pour qu'il y ait lieu à l'interdit. Poser un fait qui peut être considéré comme l'exercice d'un droit de servitude, quand on se borne à ce fait sans entraver davantage le voisin dans sa jouissance, ce n'est pas implicitement contester la possession de la chose; c'est au contraire reconnaître que la chose appartient à autrui, c'est manifester qu'on n'agit pas avec l'*animus domini* à l'égard de cette chose. Donc, dans l'espèce de la L. 3, § 5, D. XLIII, 17, il ne pouvait y avoir lieu qu'à l'action *negatoria servitutis,* ou à l'action confessoire, à celle-ci si la demande est intentée par le propriétaire de l'édifice, à celle-là si elle est in-

(1) Comp. L. 1, § 3, D. XLIII, 17; — § 4, Inst. IV, 15.

tentée par l'autre propriétaire qui revendique la liberté de son fonds (1).

L. 9 pr. D. IV, 2. — On me force de transmettre ma possession à un tiers en m'inspirant une juste crainte. Il n'y a pas là de *dejectio,* il n'y a pas là non plus contestation sur la possession. Celui qui a fait les menaces n'a pas revendiqué la possession, il n'a pas non plus posé d'acte qui constituât une *dejectio;* il a commis une violence morale et une tradition a été faite; à la rigueur elle a eu lieu volontairement : *Coacta voluntas est voluntas,* mais le préteur dans son édit accorde l'action rescisoire *quod metus causa,* contre l'acte vicié par la violence morale, ou par la juste crainte.

L. 13, § 7, D. XLVII, 10. — Les droits de la personne peuvent être enfreints; par exemple on empêche quelqu'un d'exercer la pêche, de jeter ses filets à la mer : il y a là *injuria,* il y a un outrage qui s'adresse à la personne, il y a lieu à l'action *injuriarum.* En effet, comment concevoir dans tous ces cas une action possessoire, un jugement possessoire, alors qu'il ne conste aucunement que la possession soit mise en contestation.

64. Mais au contraire quelle que soit la nature du fait, dès qu'il implique contestation sur la possession, il donne lieu à l'interdit *uti possidetis,* ainsi que cela résulte des textes que nous allons analyser.

L. 3, § 2, D. XLIII, 17. — Quelqu'un m'empêche de faire des constructions sur un terrain que je prétends m'appartenir : il y a lieu à l'interdit *uti possidetis : Etenim videris mihi possessionis controversiam facere,* dit la L. 3, § 1, D. XLIII, 17, *qui prohibes me uti mea possessione.* En effet, si je puis poser sur le fonds d'autrui des actes qui supposent l'exercice d'un droit de servitude, sans que de tels faits impliquent une contestation sur la possession, il en est autrement dès que j'empêche quelqu'un de poser des actes de propriété, d'exercer ses droits de possession. Empêcher quelqu'un d'exercer ces droits, c'est là évidemment les lui contester *de facto* (2).

(1) Comp. L. 29, § 1, D. IX, 1.
(2) Comp. L. 52, § 1, D. XLI, 2.

Même loi, § 3. — J'ai donné une maison en location; je veux faire à cette maison des réparations nécessaires; le locataire sans contester la nécessité des réparations, comme il pourrait le faire en vertu de son bail, m'en empêche purement et simplement. Je pourrai, dit la loi, intenter contre lui l'interdit *uti possidetis*. En effet, le contrat de bail qui n'impose au bailleur que l'obligation de prester *uti frui licere*, ne le dépouille pas de sa possession. De plus il a le droit et même l'obligation de faire les réparations qui sont nécessaires. Ces réparations, en tant que de nature à empêcher la jouissance, donnent au locataire le droit de demander une réduction du loyer, même il y a des cas où elles autorisent le locataire à demander la résolution du bail (1). Mais dans aucun cas le locataire en cette qualité, n'a le droit de s'opposer à ce que les réparations s'exécutent, s'il n'en conteste pas la nécessité; il ne peut former une opposition pure et simple qu'en prenant vis à vis du bailleur la qualité de propriétaire ou de possesseur. Il conteste donc au bailleur sa possession, et par conséquent on conçoit qu'il y ait lieu à l'interdit *uti possidetis*.

Même loi, § 4. — Si mon voisin a conduit sur son fonds les branches d'une vigne dont le pied a ses racines dans ma propriété, et qu'il refuse de couper les branches, ou qu'après sommation, il m'empêche de les couper moi-même, il y a lieu à l'interdit *uti possidetis;* il ne peut m'empêcher, qu'en me contestant le droit de cultiver mon fonds, en me contestant par conséquent, dit la loi, la propriété ou la possession du sol.

Il suit de ces passages que l'interdit *uti possidetis* ne saurait s'intenter contre celui qui ne prétend pas posséder, qui ne conteste pas la possession de la chose, d'autant plus que la contestation de la possession est formellement requise par des textes nombreux (2). Donc Albert et de Savigny (3), en fondant l'interdit *uti possidetis* sur un délit, ont donné à cette action une extension bien trop grande; car le fondement est la possession contestée entre le de-

(1) L. 60, D. XIX, 2; — L. 3, C. IV, 65.

(2) Comp. § 4, Inst. IV, 15. — Gaius, IV, § 168, etc.

(3) Albert, *über das interdictum uti possidetis* (Halle, 1825), au § 25. — De Savigny, au § 37.

mandeur et le défendeur; et cela est si vrai qu'il peut y avoir lieu à intenter l'interdit *uti possidetis* sans qu'il y ait délit. En effet, la défense d'un droit ou de ce que l'on croit être un droit, soit qu'on se constitue demandeur, soit qu'on réponde à une demande en justice, ne saurait par elle-même et s'il n'y a pas de violence, s'il n'y a pas de *dejectio,* constituer un délit; et tel est sans doute le motif pour lequel dans l'interdit *uti possidetis* les fruits ne sont dûs qu'à partir de la demande judiciaire. Il faut d'ailleurs remarquer que lorsque la possession est contestée devant le juge du pétitoire, celui-ci doit renvoyer les parties au possessoire, et assurément une telle contestation judiciaire ne saurait être envisagée comme entachée de délit, d'autant moins que la partie qui succombe au possessoire, peut encore triompher au pétitoire.

Muhlenbruch (1) fait aussi remarquer que le principe que l'interdit *retinendae possessionis* ne peut s'exercer que lorsque la possession est contestée de part et d'autre, souffre exception lorsque le défendeur, tout en reconnaissant le demandeur comme possesseur actuel, prétend qu'il possède à son égard *vi, clam* ou *precario.* Nous ne contestons pas cette exception au point de vue de la possession actuelle, et abstraction faite du droit qui subsiste dans les actions possessoires. Car au fond quand la possession est perdue *vi, clam* ou *precario,* elle subsiste de droit puisqu'on a l'interdit pour la recouvrer. C'est l'observation que fait Ulpien à la L. 17, D. XLI, 2, quand il dit : *Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret : cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.* Et Javolenus dit en termes plus généraux encore, à la L. 22, D. *eod : Non videtur possessionem adeptus, is qui ita nactus est ut eam retinere non possit.* De sorte qu'avec ces jurisconsultes nous pourrions dire qu'il n'y a pas d'exception dans le cas indiqué par Muhlenbruch, car tout en reconnaissant la possession actuelle au demandeur, le défendeur qui se prétend dépouillé *vi, clam* ou *precario,* par le demandeur, conteste implicitement la possession à celui-ci, puisqu'il prétend qu'elle doit lui être restituée.

(1) *Doctr. Pand.*, § 243, note 10.

65. Dans sa forme et dans ses effets, l'interdit *retinendae possessionis* est un *judicium duplex,* car le préteur dans son édit l'adresse à l'une et à l'autre des parties; aussi chacune d'elles aurait pu, dans l'état de choses qui fonde l'interdit, se constituer demanderesse, et chacune joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur, d'où il suit que la partie même qui s'est constituée demanderesse peut être condamnée aussi bien que le défendeur; et c'est là un effet tout-à-fait particulier au *judicium duplex*. Dans les autres actions, lorsque le demandeur échoue dans sa demande, il s'ensuit que ni le défendeur ni le demandeur n'encourent de condamnation, excepté celle des frais du procès qui sont toujours supportés par celui qui les a causés et provoqués. Dans le *judicium duplex,* dans l'interdit *retinendae possessionis,* lorsque le demandeur succombe, il peut encourir la condamnation qu'aurait encourue le défendeur s'il avait succombé, et c'est ce qui arrive lorsque le défendeur prouve que lui est le véritable possesseur et que les actes dont s'est prévalu le demandeur pour établir sa possession, n'apparaissent que comme des faits de trouble (1), ou bien lorsque le défendeur, tout en reconnaissant la possession du demandeur, prouve que ce dernier possède à son égard *vi, clam, precario* (2). Il en est de même lorsque sans contester cette possession il prouve qu'il a sur le même objet une *juris possessio* ou une *utilis possessio* (3), par exemple un droit d'usufruit ou de superficie.

66. Quant aux exceptions qui peuvent être opposées dans cet interdit, nous venons d'en mentionner de deux espèces : 1° l'exception *vitiosae possessionis,* 2° l'exception de la quasi-possession ou de l'*utilis possessio,* 3° l'exception tirée du temps qu'a duré la possession de l'adversaire.

L'exception *vitiosae possessionis* est fondée sur ce que celui qui s'en prévaut, aurait lui-même pu intenter une action contre l'autre partie : l'interdit *unde vi* ou l'interdit *de precario;* mais de même que ces actions sont personnelles, de même que l'interdit *unde vi*

(1) Gaius, IV, § 160.
(2) L. 3, D. XLIII, 17.
(3) Unterholzner, II, p. 126

et l'interdit *de precario* ne peuvent s'intenter que contre l'auteur de la *dejectio,* ou contre celui qui a reçu la concession du précaire, ainsi les exceptions tirées de la violence ou du précaire, ne peuvent être opposées au demandeur que lorsqu'elles sont fondées dans sa personne, c'est-à-dire lorsque lui-même, et non pas son auteur, se trouve à l'égard du défendeur dans une position vicieuse (1).

Prenons un exemple. B commet une *dejectio* envers A, et cède la possession à C; ensuite A pose des actes de trouble, et veut rentrer en possession. C intente l'interdit *uti possidetis.* Ce serait vainement que A opposerait l'exception *vitiosae possessionis* à C; car ce n'est pas C, c'est B qui s'est trouvé à son égard dans une possession vicieuse. A devra donc succomber vis à vis de C au possessoire, mais il aura l'interdit *unde vi* contre B et la revendication contre C.

Quant à l'exception du temps, rappelons que les actions possessoires se prescrivent en un an. L'année est comptée à partir du jour du trouble ou de la *dejectio* (2). Toutefois, la prescription n'atteint que l'action *in factum* ou l'action *utilis* en dommages et intérêts qui naît de l'interdit, et qui constituait le *judicium secutorium aut Cascellianum* (3). Tant que l'auteur du trouble reste enrichi par son fait, une autre action est recevable pendant trente ans : c'est l'action *in factum* fondée sur le principe : *Neminem cum alterius injuria et detrimento licet locupletiorem fieri* (4).

67. A la procédure qui fut suivie pendant le moyen-âge dans l'interdit *retinendae possessionis,* se rattache une institution connue en Allemagne sous le nom de *possessorium summarium,* quelquefois aussi *summariissimum,* en France sous le nom de *recredentia,* récréance, en Italie sous celui de *manutentio.* Le *possessorium summarium* ou *summariissimum,* n'est rien qu'une possession provisoire ou intermédiaire que le juge accordait à celle des par-

(1) *Alter ab altero nec vi, nec clam,* dit l'édit du préteur. — V. L. 17, D. XLIII, 26; — L. 53, D. XLI, 2. — § 4, Inst. IV, 15.

(2) L. 1, D. XLIII, 17.

(3) § 8, Inst. IV, 15.

(4) L. 4, D. XLIII, 1.

ties qui paraissait la mieux fondée. Cette possession provisoire s'accordait après une connaissance sommaire de la cause, et sans préjudice de la décision définitive à intervenir, soit au possessoire, soit au pétitoire, lorsque les parties avaient directement eu recours au pétitoire. Ce jugement sommaire et provisoire n'avait donc nullement pour effet d'attribuer les droits de la possession; la partie qui l'obtenait n'était envisagée que comme dépositaire de la chose dont la possession était l'objet du litige. La chose lui était accordée, *res credita erat* (d'où les mots *recredentia,* récréance) sous la charge de la restituer avec tous les avantages perçus, si elle succombait dans le jugement définitif.

Ce jugement provisoire que la pratique avait introduit, et qui remplaçait en quelque sorte l'ancienne *fructuum licitatio,* dont parle Gaius (IV, § 166), fut consacré législativement en Allemagne vers le milieu du seizième siècle, par une ordonnance de la Chambre impériale de 1555. Il avait pour but d'arrêter les voies de fait qui étaient principalement à craindre dans le cas où il y avait matière à l'interdit *uti possidetis,* dans les cas où l'on se disputait la possession, et où la décision à intervenir exigeait une instruction longue par enquête et contre-enquête. Au lieu d'adjuger la possession provisoirement à l'une des parties, le juge pouvait aussi ordonner le séquestre.

DES INTERDITS *RECUPERANDAE POSSESSIONIS.*

Sommaire.

68. Combien il y a d'interdits tendant à faire recouvrer la possession.
69. De l'interdit *unde vi.* — Conditions requises du demandeur pour qu'il puisse l'exercer. — Il faut qu'il ait eu la possession proprement dite, qu'il ait perdu cette possession, et qu'il l'ait perdue par une *dejectio,* ou par un fait qui y est assimilé.
70. Conditions requises de la part du défendeur. — L'interdit *unde vi* n'est donné que contre l'auteur ou le complice de la *dejectio,* et non contre les tiers possesseurs; mais il est donné contre les premiers lors même qu'ils auraient cessé de posséder la chose, par exemple s'ils avaient été évincés par un tiers. — A quoi tend l'action dans ce dernier cas.
71. Quel est en général l'objet de l'interdit *unde vi.* — Fruits, dommages-intérêts, perte fortuite. — *Juramentum Zenonianum.*
72. Cet interdit peut-il être intenté en matière mobilière?
73. Des exceptions que l'on peut opposer à l'interdit *unde vi.* — On ne peut opposer l'exception *vitiosae possessionis.* — *Spoliatus ante omnia restituendus.*
74. Il en est de même de l'*exceptio pacti.*
75. Et de l'*exceptio temporis.*
76. Du *remedium spolii.* — Textes du droit canon; fausses conséquences qu'on en a tirées; conséquences légitimes qui en résultent et qui modifient — d'un côté le principe de l'ancien droit germanique, qu'on pouvait reprendre, même les armes à la main, la chose dont on avait été dépouillé par violence, — et d'un autre côté l'interdit *unde vi,* en accordant une action en restitution contre le tiers possesseur de mauvaise foi.
77. Suite.
78. De l'interdit *de precario.* — Par qui et contre qui peut-il être intenté? — Quel est l'objet de la demande? — Peut-elle donner lieu à des exceptions?
79. De l'interdit *de clandestina* et de l'interdit *momentariae possessionis.*

---

68. Il y avait dans l'ancien droit trois interdits distincts, qui avaient pour objet de faire récupérer la possession : l'interdit *unde vi* donné pour les immeubles seulement et fondé sur la *dejectio,*

l'interdit *de precario* fondé sur une concession précaire, et l'interdit *de clandestina possessione.* — Ce dernier n'était plus usité du temps de Justinien, mais cet empereur l'a en quelque sorte remplacé par l'interdit *momentariae possessionis.*

Nous traiterons successivement de l'interdit *unde vi,* ensuite de l'interdit *de precario,* et enfin nous comparerons l'interdit *de clandestina possessione* tombé en désuétude avant Justinien à celui *momentariae possessionis* qui fut introduit par cet empereur.

69. L'interdit *unde vi* requiert, pour conditions de son exercice, de la part du demandeur, qu'il ait été possesseur et qu'il ait cessé de l'être par une *dejectio* ou par un fait qui y est légalement assimilé.

Nous disons qu'il faut qu'il ait été *possesseur,* car c'est à tort, selon nous, que quelques jurisconsultes, au nombre desquels est Thibaut (1), ont voulu accorder l'interdit *unde vi* au détenteur naturel qui a essuyé une *dejectio.* Si la L. 1, § 9, D. XLIII, 16, dit que l'interdit peut être intenté par celui qui possède *naturaliter,* ce mot y est opposé à *civiliter,* et veut dire simplement qu'il ne faut pas une *civilis possessio* pour intenter l'interdit. Cela devient évident au § 10 de la même loi, où le jurisconsulte précise et explique sa pensée, et où il est dit que le colon, détenteur au nom d'autrui, n'a pas l'interdit *unde vi.* En effet, il n'y a que le bailleur qui puisse intenter l'interdit lorsque la *dejectio* a eu lieu dans la personne du fermier (2).

Pour intenter l'interdit *unde vi,* il faut, disons-nous, avoir perdu la possession. C'est pour ce motif que si celui qui possède par un représentant, comme le fait par exemple le bailleur, est chassé de son fonds par un tiers, qui pourtant n'a pas expulsé le représentant, il pourra bien intenter contre le tiers l'action *injuriarum,* mais il n'aura pas l'interdit *unde vi,* puisqu'il aura continué de posséder par son représentant (3). Mais si le fermier avait été expulsé, le bailleur aurait l'interdit, car il serait censé expulsé lui-même dans la personne de son fermier (4).

(1) *Archiv fur Civilis Praxis,* t. XVIII.
(2) Comp. L. 1, §§ 22 et 23, D. XLIII, 16.
(3) L. 1, § 45, D. XLIII, 16.
(4) L. 1, § 22, D. XLIII, 16.

Il faut, disons-nous aussi, avoir perdu la possession par une *dejectio* ou par un fait qui y est assimilé par la loi. — Nous avons vu plus haut que par *dejectio* dans le sens propre, il faut entendre la *vis corporalis,* l'expulsion par voies de fait. Cependant, d'après le droit du Digeste déjà, il y a *dejectio,* 1° lorsque le possesseur s'est retiré devant une force supérieure, sans attendre la *vis corporalis,* mais en cédant à une juste crainte, si toutefois celui qui a inspiré cette crainte a occupé le bien (1). S'il ne l'avait pas occupé, celui qui aurait cédé à la crainte, aurait l'action *quod metus causa,* pourvu que la crainte eût été fondée; autrement il n'aurait que l'action en revendication (2). Il y a encore 2° *dejectio,* et le bailleur pourra intenter l'interdit *unde vi,* lorsque le fermier refuse de recevoir l'acquéreur que le bailleur a envoyé prendre possession du bien (3). Enfin 3° Justinien a par la L. 11, C. VIII, 4, assimilé à la *dejectio* l'occupation du bien d'un absent lorsque cette occupation a eu lieu de mauvaise foi.

Comme il faut, pour l'interdit *unde vi,* une *dejectio* ou un fait qui y soit assimilé, le possesseur qui aurait lui-même transmis la possession à un tiers, en cédant à des violences morales ou à des menaces, ne pourrait recourir à cet interdit; mais la tradition étant dans ce cas entachée de violence, donnerait lieu à l'action *quod metus causa* (4).

70. L'interdit *unde vi* ne peut être intenté que contre l'auteur de la *dejectio,* et non pas contre le tiers possesseur qui n'en a été ni l'auteur ni le complice (5). C'est là une suite de ce que cet interdit est fondé sur un délit, sur la violence qui est renfermée dans la *dejectio,* ou sur le dol que les lois y ont assimilé. Lorsque dans une *dejectio* il y a un auteur ou un complice qui a donné mandat, le *dejiciens* et le mandant sont tenus solidairement de tous dommages-intérêts, de telle sorte cependant que le demandeur a le choix de s'en prendre à l'un ou à l'autre, mais qu'aucun

(1) L. 1, § 29, D. XLIII, 16.
(2) L. 9 pr., D. IV, 2.
(3) L. 12 et L. 18, D. XLIII, 16.
(4) L. 5, D. XLIII, 16. — L. 21, § 5, D. IV, 2.
(5) L 7, D. XLIII, 16.

n'est libéré tant que le demandeur n'a été pleinement satisfait (1).

L'interdit *unde vi,* étant fondé sur un délit, il s'ensuit encore qu'il ne peut être intenté contre les héritiers que *in quantum locupletiores facti sunt* (2). Mais ne confondons pas l'héritier du *dejectus* avec l'héritier du *dejiciens;* rien n'empêche le premier d'intenter son action s'il se trouve dans le délai utile.

Puisque l'interdit *unde vi* est une action personnelle fondée sur le délit, il s'ensuit que la *dejectio* une fois prouvée, le spoliateur demeure soumis à l'action lors même qu'il ne possède plus, lors même qu'il a été évincé par un autre que le spolié, en vertu de l'action en revendication. Toutefois, dans ce dernier cas les dommages-intérêts dûs par le spoliateur seraient estimés, non pas en prenant pour base la propriété, la valeur de la chose même, mais seulement d'après l'avantage que la possession aurait procuré au demandeur, au spolié, en supposant que la spoliation n'eût pas eu lieu. Or, cet avantage peut consister dans le droit de rétention au moyen duquel le spolié aurait pu se faire restituer les impenses faites à la chose, s'il en avait conservé la possession (3).

71. En règle générale et sauf ce cas d'éviction, le spoliateur est condamné à restituer la chose avec tous les fruits à partir de la *dejectio,* tant ceux qui ont été perçus, que ceux que le spolié aurait pu percevoir (4), et ce avec tous les dommages-intérêts, *cum omni causa* (5). Le spolié doit être restitué dans l'état où il se serait trouvé si la *dejectio* n'avait pas eu lieu. Il y a plus : si des choses avaient péri, même par cas fortuit, le spoliateur en serait responsable (6).

Quant aux choses mobilières que le demandeur prétend avoir perdues par suite de la *dejectio,* comme ces choses peuvent être facilement distraites, l'empereur Zénon, pour faciliter au demandeur la preuve de la valeur des objets perdus, a voulu qu'il fût admis à l'établir par serment devant le juge, qui doit cependant

(1) L. 1, § 13, D. XLIII, 16.
(2) L. 1, § 3, D. XLIII, 16; — L. 2, C. VIII, 4.
(3) L. 15, D. XLIII, 16.
(4) L. 4, C. VIII, 4.
(5) L. 1, §§ 3 et 41, D. XLIII, 16.
(6) L. 1, §§ 35 et 36, D. XLIII, 16.

fixer un maximum, que l'évaluation du demandeur ne pourra pas dépasser. Ce serment est appelé *juramentum Zenonianum* (1).

72. D'après les textes du Digeste l'interdit *unde vi* ne peut pas s'intenter quand il y a eu enlèvement par violence ou vol de choses mobilières, quoique cependant, lorsque l'interdit est intenté pour la spoliation qui a eu pour objet des immeubles, les choses mobilières soient aussi prises en considération, et que ce soit même pour pouvoir établir la disparution et la valeur de ces objets que le *Juramentum Zenonianum* ait été introduit. Est-ce à dire que l'on ait laissé le possesseur d'un meuble sans protection? Nullement; d'autres actions étaient à sa disposition, l'action *furti*, l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *ad exhibendum* et l'interdit *utrubi* (2). De plus une constitution de Théodose et de Valentinien qui eut pour objet de réprimer la vindicte privée, et qui s'applique aux meubles comme aux immeubles, a déclaré déchu, non seulement de ses droits de possession, mais encore de ses droits de propriété, celui qui par violence s'est emparé de la possession d'un objet quelconque.

Nous aurons plus loin à revenir sur cette constitution; nous ajouterons seulement ici qu'on ne saurait la considérer comme ayant étendu l'interdit *unde vi* aux choses mobilières. Punissant la vindicte privée, elle suppose bien qu'il y ait des voies de droit pour récupérer la possession des meubles, mais de là ne résulte pas nécessairement que l'interdit *unde vi* ait été étendu aux meubles. Une telle extension n'était pas nécessaire; les actions précitées atteignaient parfaitement ce but, et c'est pour ce motif que les empereurs Théodose et Valentinien ont établi des peines contre ceux qui négligeant ces moyens de droit, avaient préféré recourir à la violence. On ne saurait donc prétendre que l'extension de l'interdit *unde vi* soit une conséquence nécessaire de la L. 7, C. VIII, 4; on le pourrait d'autant moins que le bénéfice de cette loi peut être invoqué par ceux qui ne sont pas possesseurs, mais simples détenteurs, et que d'autre part les L. 1, § 6, et L. 3,

(1) L. 9, C. VIII, 4.
(2) L. 1, §§ 5 et 6, D. XLIII, 16.

§ 25, D. XLIII, 16, protestent formellement contre cette extension.

73. Nous passons à l'examen des exceptions que l'on peut opposer à l'interdit *unde vi.*

Pour ce qui concerne l'exception *vitiosae possessionis,* il y a une différence bien remarquable entre l'interdit *unde vi* et celui *uti possidetis.* Dans ce dernier, qui a pour fondement le trouble du possessoire ou la contradiction sur la possession, le défendeur peut opposer avec succès l'exception *vitiosae possessionis,* et s'il prouve que son adversaire se trouve à son égard dans une *vitiosa possessio,* cette possession doit lui être restituée. Dans l'interdit *unde vi,* au contraire, qui a pour fondement la violence, le défendeur, l'auteur de la violence, ne peut pas opposer cette exception à son adversaire, et il n'est pas écouté lorsqu'il répond au demandeur qu'il a spolié, que lui-même a été spolié par le demandeur. Au lieu de recourir à la justice, il a préféré la force, il doit porter la peine de cette témérité et restituer la possession au demandeur, qui triomphe au possessoire et demeurera possesseur, sous la réserve toutefois de la question de propriété (1).

Mais ici il importe de remarquer les changements que la législation a subis. L'ancien droit avait distingué deux espèces de violence, la violence simple et celle à main armée : *vis quotidiana, vis armata.* Quand le spolié était parvenu à se remettre de force, mais sans armes, dans la possession dont il avait été dépouillé, et que cette violence non armée était dirigée contre la même personne qui l'avait expulsé, il était censé rentrer légitimement dans son droit, et l'intrus expulsé était, s'il se constituait demandeur, repoussé par l'*exceptio vitiosae possessionis* (2). Dans l'ancien droit, ce n'était qu'au cas où le spolié avait chassé le spoliateur les armes à la main, que ce dernier pouvait, du chef de la *dejectio* commise sur lui-même, recourir à l'interdit *unde vi,* sans avoir à craindre l'exception *vitiosae possessionis.*

Mais cette distinction qui résulte des passages cités, et dont on voit encore des traces dans les L. 1, § 30; — L. 14 et L. 17,

(1) § 6, Inst. IV, 15.

(2) Comp. Gaius, IV, § 154-155. — Ciceron, *pro Caecina,* C. 8, 22, 32. — Paul *Sent.*, V, §§ 6 et 7.

D. XLIII, 16, a disparu, on ne sait à quelle époque, probablement lors des mesures qui furent prises par les empereurs Théodose et Valentinien pour réprimer les vindictes privées. Il faut donc généralement admettre que dans l'interdit *unde vi,* soit que la violence ait été armée ou non armée, l'exception était non-recevable. Toutefois, lorqu'à l'instant même on se remettait en possession de force, on était censé, non pas avoir commis une *dejectio,* mais avoir agi en cas de légitime défense; et comme l'absent n'était pas censé *dejectus,* comme il n'avait anciennement aucune action possessoire, et que la perte de la possession n'était encourue comme peine que par celui qui avait préféré la force aux voies de droit, il pouvait toujours à son retour recourir dûment et impunément à la force, puisque les voies de droit lui faisaient défaut (1).

En vertu de la législation que nous venons d'exposer, en vertu des principes de l'interdit *unde vi,* si le spolié qui avait eu recours à la force ne pouvait opposer au demandeur l'exception *vitiosae possessionis,* rien n'empêchait pourtant qu'après avoir succombé au possessoire il ne recourût à la revendication et n'établît son droit de propriété; car le jugement possessoire ne faisait qu'attribuer au demandeur le droit de la possession sans rien préjuger sur la propriété. La perte de la possession, telle était la seule peine frappant, dans l'ordre des peines privées, le spolié qui de sa propre autorité était violemment rentré dans sa possession; nous disons *dans l'ordre des peines privées,* car la violence qui avait eu lieu par bandes armées était réprimée par la loi *Julia* (2).

A partir de Théodose et de Valentinien, les empereurs crurent trouver un remède à l'affaiblissement de l'autorité et au désordre qui régnait dans l'empire, en renchérissant sur les peines privées dont nous voyons déjà un commencement dans l'interdit *unde vi;* en vertu d'une constitution déjà citée des empereurs Valentinien et Théodose (3), celui qui avait recouvré sa possession par violence, ne devait pas seulement restituer cette possession, mais était en même temps déchu de son droit de propriété; et s'il n'était pas

(1) L. 1, § 27 et L. 17, D. XLIII, 16.
(2) Liv. XLVIII, Dig., tit. 6 et 7.
(3) L. 7, C. VIII, 4.

propriétaire, il devait, en restituant la possession, payer en outre la valeur de la chose.

Cette loi, qui ne fait qu'accuser l'impuissance de l'autorité, et que la raison législative ne saurait justifier, ne fut observée nulle part. Avant les établissements de saint Louis, un usage qui était profondément enraciné dans les mœurs germaniques, autorisait toute personne qui avait été dépouillée par violence, à reprendre les armes à la main la chose qui lui avait été ravie; la violence aggressive seule donnait lieu à des réparations et à des peines, la vindicte privée était permise (1). La jurisprudence française et celle de nos provinces restèrent fortement imprégnées de ce principe (2), et nous verrons plus loin que si celui qui de force rentre dans une possession qu'il avait perdue, est obligé avant tout de faire restitution, il conserve cependant non seulement ses droits de propriété, mais encore la vraie saisine lorsqu'il peut s'appuyer sur la possession annale, tandis que d'après les principes de l'interdit *unde vi*, la possession était perdue et la propriété seule demeurait intacte.

74. Quant à l'*exceptio pacti*, il est à remarquer que le pacte *de non agendo* qui aurait précédé ou accompagné la *dejectio*, était de nul effet comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Il en aurait été autrement si le *dejectus* avait pactisé ou transigé après que le fait qui donnait naissance à l'interdit *unde vi* était entièrement consommé; ce pacte n'ayant plus pour objet qu'un intérêt privé, aurait fait naître l'exception (3).

75. L'interdit *unde vi*, avec les effets que nous avons indiqués plus haut, ne peut être intenté que dans l'année à partir de la *dejectio*. Toutefois cette prescription n'atteint guères que les dommages-intérêts, car en tant que le spoliateur tire un profit de la *dejectio*, c'est-à-dire en tant qu'il demeure saisi de la chose, l'action est perpétuelle, et il ne peut exciper contre l'action *in factum* qu'en invoquant la prescription de trente ans (4). Il faut

(1) Comp. De Laurière, *Établissements de Saint Louis*, L. II, Ch. 6.
(2) Comp. Voet, *ad Pand.*, D. XLIII, 16, n° 4; — Perezius, *in Cod.*, VIII, 4.
(3) L. 27, § 4, D. II, 14.
(4) L. 1, D. XLIII, 16.

remarquer de plus qu'en vertu de la L. 1, C. VIII, 5, si le possesseur absent a souffert la *dejectio* dans la personne qui l'a représenté, la prescription ne courra pas contre lui tant qu'il restera absent. Cette constitution est le corollaire de la L. 11, C. VIII, 4; car de même que cette dernière ne veut pas que le possesseur qui possède par un représentant, puisse perdre la possession par le dol ou la négligence du représentant, qui aurait permis qu'un tiers occupât le bien sans violence, de même la L. 1, C. VIII, 5, veut que l'interdit *unde vi* soit conservé au possesseur absent, lorsque son représentant a essuyé une *dejectio* et a négligé d'intenter l'action au nom de l'absent. La prescription annale de l'interdit *unde vi* est donc soumise à deux disposition distinctes, qui atténuent beaucoup la rigueur que l'on pourrait trouver dans la brièveté du temps.

76. A la matière que nous venons de traiter se rattache l'action connue sous le nom de *remedium spolii,* qui est suivant les uns une action toute nouvelle, introduite par le droit canon pour remplacer l'interdit *unde vi,* et qui suivant d'autres ne serait qu'une extension donnée à cet interdit par une des décrétales de Grégoire IX.

Ces opinions méritent toute notre attention, car les textes du droit canon qui les ont fait naître, sont la source de l'action en réintégrande. C'est dans une de ces dispositions que cette action a puisé jusqu'à son nom, et c'est une question encore controversée de nos jours que de savoir si elle demeure régie par les principes du droit canon que nous allons exposer, ou bien si elle a été soumise à la règle de l'art. 23 du Code de procédure, qui gouverne les actions possessoires en général. Cette difficulté sera examinée plus tard, mais ce que nous avons déjà à dire ici du *remedium spolii* nous aidera à en trouver la solution, en nous faisant connaître le caractère originaire de l'action en réintégrande, si tant est, comme nous le pensons, que l'action en réintégrande doive encore, dans le système de nos lois, être considérée comme une action possessoire *sui generis.*

Voyons donc les textes du droit canon sur lesquels on fonde l'action connue généralement sous le nom de *remedium spolii,* et en France sous celui de réintégrande.

Le premier texte se trouve dans le recueil de droit canonique qu'un moine de l'ordre des Bénédictins, nommé Gratien, a publié l'an 1150, recueil connu sous le nom de décrets de Gratien; il est conçu comme suit :

Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abcesserant, funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut captivitate aut dolo, aut violentia majorum (1), *aut per quascunque injustas causas, res ecclesiae, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua* (2).

Le deuxième texte qui est une décrétale d'Innocent III, de l'an 1216, se trouve au recueil des décrétales de Grégoire; il est conçu en ces termes :

Saepe continget quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium eidem spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum, juris proprietatis amittit effectum. Unde, NON OBSTANTE JURIS CIVILIS RIGORE *sancimus ut, si quis de caetero scienter rem talem receperit cum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit, quoad periculum animae, injuste detinere, ac invadere alienum) contra possessorem hujus modi, spoliato per restitutionis beneficium succurratur* (3).

Le premier texte se résume brièvement dans la proposition que voici : Si un évêque est expulsé de son siége et dépouillé de ses biens, il ne pourra être cité devant le synode pour aucune espèce d'accusation, avant qu'il ait été restitué dans ses biens et dans sa position.

De ce texte on a déduit la maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus;* et, bien que le texte ne se rapporte qu'à un cas particulier, à l'expulsion d'un évêque, cependant cette conséquence paraît légitime. Mais on est encore allé plus loin. Les praticiens du moyen-âge ont prétendu qu'une action toute nouvelle avait été

(1) M. de Savigny, § 50, lit *malorum* d'après un manuscrit de Berlin.
(2) *Dec. Grat.* pars. II, causa 3, quaest. 1, cap. 3.
(3) *Decret. Greg.*, Lib. II, tit. 13, cap. 18 (*De restitutione spoliatorum*).

introduite par cette disposition, qui désormais devait occuper la place de l'interdit *unde vi*, et ils en ont conclu :

1° Que toute espèce de possession pouvait donner lieu à cette action qu'on a nommée réintégrande, conséquence que beaucoup d'interprètes du droit romain, qui n'ont pas donné une si grande portée au décret de Gratien, ont d'ailleurs tirée de la L. 1, § 9, D. XLIII, 16, à cause des mots *sive naturaliter possidet*, que nous avons déjà expliqués (1);

2° Que la demande en réintégrande peut être intentée contre tout possesseur de l'objet, quel qu'il soit.

Cependant l'erreur qu'implique cette double conclusion est démontrée par le droit canon lui-même, car elle se trouve complétement réfutée par la décrétale d'Innocent III, que nous venons de transcrire en second lieu, et dont la disposition se rattache par elle-même au *jus civile*, c'est-à-dire au droit romain, auquel elle fait subir une modification importante.

D'après les règles qui limitent l'application de l'interdit *unde vi*, le spolié n'avait aucune action contre le tiers détenteur, ce tiers fût-il possesseur de mauvaise foi; l'interdit *unde vi* était une action personnelle qui n'atteignait que l'auteur de la *dejectio*, et celui pour le compte duquel la *dejectio* avait eu lieu. La L. 3, § 10, D. XLIII, 17, est formelle à cet égard : *Non videor vi possidere*, dit Ulpien, *qui ab eo quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam*. Cette limite opposée à l'exercice de l'interdit a paru rigoureuse à Innocent III; il y fait allusion dans les mots *non obstante juris civilis rigore;* c'est pourquoi, nonobstant cette rigueur, et par le motif que retenir sciemment un bien dont le vrai possesseur a été dépouillé par violence, c'est poser un acte aussi coupable dans le for de la conscience, que de se rendre spoliateur, il ordonne que le spolié soit admis à demander la restitution contre ce possesseur de mauvaise foi.

Il résulte évidemment de cette disposition qu'on n'est pas fondé à se prévaloir du décret de Gratien, pour en inférer que ce décret a introduit une action qui doit remplacer l'interdit *unde vi*, puisque

(1) Voir ci-dessus le n° 69 (p. 141).

la décrétale d'Innocent III, qui est postérieure à ce décret, prend seulement à tâche de déroger au droit romain, ainsi que le prouvent les mots *non obstante juris civilis rigore;* dès lors on ne saurait admettre non plus que tout possesseur, même le simple détenteur, puisse intenter l'action en restitution.

Il faut encore tirer cette conséquence du décret d'Innocent III, qu'il ne résulte pas du décret de Gratien que le spolié puisse intenter son action contre tout tiers possesseur, puisque la décrétale d'Innocent n'accorde l'action en restitution que contre le tiers possesseur de mauvaise foi. Il y a plus : si le décret de Gratien avait rendu réelle l'action en restitution, la décrétale d'Innocent III n'aurait été qu'une disposition tout à fait gratuite et inutile. Si l'action en restitution avait pu s'intenter contre tout possesseur, comment concevoir qu'Innocent III eût déclaré l'accorder contre le possesseur de mauvaise foi?

77. De tout ce qui précède nous conclurons, pour en venir aux conséquences légitimes qui résultent des dispositions précitées du droit canon :

1° Que c'est ce droit qui a introduit la maxime *spoliatus ante omnia restituendus,* maxime que les jurisconsultes du moyen-âge ont tirée du décret de Gratien, pour l'opposer comme une barrière au droit germanique qui autorisait le spolié à reprendre, même les armes à la main, la chose enlevée de force. — L'ancien droit romain avait également regardé cette reprise comme légitime lorsqu'elle se faisait sans recours à la force armée, mais la législation des empereurs avait essayé de la proscrire par des dispositions absurdes; le droit canon ou plutôt la jurisprudence du droit canon atteignit mieux le but en sanctionnant la maxime : *spoliatus ante omnia restituendus.*

2° Nous conclurons de la décrétale d'Innocent III, que l'interdit *unde vi* a reçu cette extension importante : qu'une action restitutoire a été accordée au spolié même contre le tiers possesseur, si ce possesseur a été de mauvaise foi; mais nous ajouterons qu'il suit de là même que l'interdit *unde vi* a conservé jusque là son caractère d'action personnelle.

78. On possède *precario* lorsqu'on a obtenu sur sa demande,

precibus, la jouissance et la possession d'une chose mobilière ou immobilière, ou la faculté d'y exercer certains droits de disposition, à la charge de restituer la chose et de cesser toute jouissance à l'instant où le concédant le requerra.

Le *precarium* n'était pas un contrat dans son origine, et cela s'explique par les solennités que l'ancien droit civil requérait autrefois pour le contrat, et bien plus encore par l'origine du *precarium*, que M. de Savigny ramène à l'*ager publicus*, en se fondant sur ce que dit Festus, au mot *patres*, des patriciens qui recédaient aux clients, comme à leurs propres enfants, des portions du *fundus publicus* qu'ils tenaient eux-mêmes à titre révocable. A cause du lien de piété qui existait entre le patron et le client, ces concessions, abstraction faite de leur forme, ne pouvaient faire naître aucune obligation stricte, aucune action civile. Mais le préteur accordait au concédant l'interdit *de precario*, quoique du reste, à l'égard de toute autre personne, le précariste eût lui-même les interdits possessoires, hormis le cas où le créancier gagiste avait précairement permis la jouissance de la chose à son débiteur (1). Plus tard, lorsque les contrats innommés eurent pris naissance, une action *in factum* ou *praescriptis verbis* fut également accordée au concédant (2); mais cette modification ne changea du reste pas essentiellement le caractère du *precarium*, et les règles auxquelles il est demeuré soumis, nous révèlent encore en entier sa première origine.

C'est parce que le *precarium* intervenait entre personnes unies par un lien de piété, que le précariste, quoique retirant tous les avantages de la concession, n'était cependant tenu que du dol et de la faute grave (3), et qu'en vertu de l'interdit *de precario* les fruits ne se restituaient qu'à partir de la litiscontestation. A partir de là aussi le précariste est tenu de la faute légère (4). Les héritiers sont tenus de restituer la chose comme leur auteur, mais ils ne sont tenus du dol ou de la faute grave de l'auteur, qu'en tant

(1) Voir plus haut n° 22.
(2) L. 19, § 2, D. XLIII, 26.
(3) L. 1 pr.; L. 8, § 4, D. XLIII, 26.
(4) L. 8, §§ 4 et 6, D. XLIII, 26.

qu'ils se sont enrichis (1). Le précariste ne peut opposer ni l'*exceptio pacti,* ni la prescription, la première parce que le *precarium* n'est pas un contrat, que par conséquent toute clause qui serait contraire à la faculte de révoquer serait nulle (2), la seconde, parce qu'il ne saurait prescrire que par la prescription ordinaire et après avoir interverti son titre.

79. Bien que sous la législation de Justinien et même déjà du temps de Gaius, il n'y eût plus d'interdit *de clandestina possessione,* cependant un passage d'Ulpien, la L. 7, § 5, D. X, 3, en fait encore mention. M. de Savigny, au § 41, pense que cet interdit, comme l'interdit *unde vi* et par les mêmes motifs, ne s'appliquait qu'aux immeubles. Il aurait donc été donné contre celui qui clandestinement et furtivement s'était introduit dans le bien d'un absent, ainsi que le porte la L. 6, § 1, D. XLI, 2. Mais cette même loi nous indique aussi et M. de Savigny nous explique, comment cet interdit est tombé en désuétude. En effet lorsqu'on compare avec la L. 6, § 1, D. XLI, 2, les L. 25, § 2 et 46, D. *eod.*, on voit que le droit romain a varié sur la question de savoir si la possession était perdue alors que pendant l'absence du possesseur quelqu'un s'était introduit dans son bien. On décidait au temps de Labéon qu'il y avait perte *solo corpore,* donc il y avait lieu à l'interdit *de clandestina possessione;* mais plus tard le principe *praediorum possessio solo animo absentibus retinetur* ayant prévalu (3), l'interdit *de clandestina possessione* dut tomber en désuétude.

Ainsi l'absent avait anciennement contre l'intrus l'interdit de *clandestina possessione.* Plus tard il eut le droit de chasser l'intrus, ce qui, en cas d'échec, lui donnait l'interdit *unde vi;* s'il acquiesçait à la possession, il ne pouvait agir qu'au pétitoire. Enfin nous savons que plus tard encore Justinien a donné à l'absent l'interdit *unde vi* contre le possesseur de mauvaise foi (4), et que, en vertu des L. 8 et 5, C. VIII, 4, le maître dont le bien avait été occupé par erreur ou par incurie avait l'interdit *momentariae*

(1) Même loi.
(2) L. 9 et L. 12, D. XLIII, 26.
(3) L. 46, D. XLI, 2.
(4) L. 8, §§ 4 et 6, D. XLIII, 26.

possessionis, interdit qui n'avait pour objet que la seule restitution de la chose, sans les dommages-intérêts, sans *juramentum zenonianum,* et sans la responsabilité des cas fortuits, qu'entraînait l'interdit *unde vi.*

Quels peuvent avoir été les motifs de ces changements? L'intérêt des absents, croyons-nous, car l'interdit de *clandestina possessione* se prescrivait par un an tout au plus, et l'action *in factum* ne pouvait s'exercer au-delà de l'année qu'à concurrence de ce dont l'intrus s'était enrichi. Le principe *praediorum possessio absentibus solo animo retinetur* était donc plus favorable, car, ou l'absent rentrait dans son bien, ou la prescription ne commençait à courir que du moment de la *dejectio* qu'il avait essuyée après son retour. Mais les dispositions de Justinien lui furent encore infiniment plus avantageuses, puisqu'elles lui procurèrent directement l'interdit *unde vi* contre le possesseur de mauvaise foi, et, dans tous les cas, une action en restitution, action contre lesquelles l'intrus ne pouvait se défendre que par une possession de trente ans (1).

(1) L. 11, C. VIII, 4.

Sommaire.

80. Comment la possession se définit-elle en droit français?
81. Ses diverses espèces.
82. Effets de chacune d'elles.
83. Des choses qui sont susceptibles d'être possédées : — *a*. Les choses imprescriptibles le sont-elles?
84. Suite.
85. *b*. Les choses mobilières sont-elles susceptibles de possession? — Opinions diverses des auteurs.
86. Ancienne jurisprudence.
87. Discussion de la question sous l'empire du Code civil, par rapport aux meubles isolés;
88. Par rapport à l'universalité des meubles formant une succession;
89. Par rapport aux meubles devenus immeubles par destination.
90. *c*. De la possession des choses incorporelles. — Division de la matière.
91. Quels droits sont susceptibles de possession? — Observations générales.
92. Suite. — Servitudes personnelles.
93. Servitudes naturelles ou légales.
94. Servitudes établies par le fait de l'homme.
95. Droits d'usage dans les forêts au profit des communes, et droits de parcours et de vaine pâture.
96. Droits de gage et d'antichrèse. — *Precarium*.
97. Emphytéose et superficie.

---

80. Aux termes de l'article 2228 du Code civil, « la possession est la détention d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

Cette définition est exactement celle de la possession proprement dite du droit romain, c'est-à-dire de la possession qui est garantie par les interdits *retinendae* et *recuperandae possessionis*. Mais ce serait se tromper que de croire que la possession telle que cet ar-

ticle la définit, donne également lieu à l'exercice des actions possessoires dans notre droit moderne, quoique cependant, dans notre opinion, elle soit suffisante pour donner lieu au *remedium spolii*, c'est-à-dire à l'application de la maxime : *spoliatus ante omnia restituendus*, ainsi que nous essayerons de le démontrer. Du reste, cette possession a aussi quelques autres effets que nous indiquons plus loin.

81. La définition de l'article 2228 implique déjà qu'il y a une distinction à faire entre la détention d'une chose au nom d'autrui, et la détention en nom propre. Dans le langage de nos jurisconsultes et de nos lois, la première porte le nom de détention, la seconde seule, d'après la définition même de l'article 2228, porte celui de possession.

L'article 2229 nous fait connaître une troisième espèce de possession : c'est celle qui peut servir à la prescription et qui pour avoir cet effet, doit renfermer les qualités indiquées par cet article, à savoir : qu'elle soit continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.

Cette même possession, telle qu'elle est qualifiée par l'art. 2229, donne lieu, si elle est annale, aux actions possessoires, aux termes de l'art. 23 du Code de procédure, dans lequel les qualités requises par l'art. 2229 sont désignées plus brièvement par les mots *à titre non précaire*. Cette possession annale est appelée par les anciens auteurs et quelquefois aussi par les modernes, *saisine d'an et jour* ou *vraie saisine*. Cependant les mots de possession annale sont aujourd'hui plus usités.

Enfin l'article 2265 nous fait connaître une cinquième espèce de possession, c'est celle qui peut servir à la prescription de dix ou de vingt ans, et qui pour avoir cet effet, doit réunir les qualités déterminées par l'article 2229, et en outre être acquise de bonne foi et par un juste titre.

Par conséquent, si nous considérons les différentes formes que la possession peut revêtir, et si nous y comprenons la détention, nous aurons à distinguer en droit moderne ces cinq espèces différentes : 1° la détention, 2° la possession (art. 2228), 3° la possession qualifiée pour la prescription de trente ans, 4° la possession

annale, 5° la possession qualifiée pour le prescription de dix ou de vingt ans.

82 Avant de déterminer les effets de ces différentes espèces de possession, faisons une remarque : c'est que les effets de la première sont communs aux autres espèces, comme ceux de la seconde le sont aux espèces suivantes; et il en est ainsi successivement de chacune des cinq espèces, mais non réciproquement. Dire quels sont les effets de la simple détention, c'est donc dire aussi quels sont les effets communs à toute espèce de possession. Or, ces effets sont les mêmes que ceux que nous avons déjà indiqués plus haut pour le droit romain, à savoir :

1° Le droit de légitime défense *cum moderamine inculpatae tutelae;*

2° Le droit de rétention, dont le principe est reconnu implicitement par le Code civil dans une foule de dispositions (1), et qui existe sous l'empire du Code aux conditions que nous avons déjà signalées, mais avec une restriction de moins, puisque l'art. 1948 autorise le dépositaire à exercer ce droit jusqu'à l'entier payement de ce que lui est dû à raison du dépôt (2).

Ces effets sont aussi ceux de la possession en nom propre, qui en outre est protégée contre la violence par la maxime *spoliatus ante omnia restituendus,* laquelle s'applique également au cas de détention, mais ne peut être invoquée que par celui au nom duquel le détenteur tient la chose.

La possession en nom propre donne aussi au possesseur l'avantage d'être considéré comme possesseur, au moins vis-à-vis du demandeur qui l'attrait au pétitoire. Car, comme le possessoire et le pétitoire ne peuvent être cumulés dans notre droit, il s'ensuit que le demandeur, par cela seul qu'il agit au pétitoire, reconnaît au défendeur les droits de la possession; par conséquent en droit moderne bien plus encore qu'en droit romain, il importe de suivre l'avis que donne Gaius (3) d'attraire son adversaire d'abord au possessoire.

(1) V. art. 867, 1885, 1948, etc.
(2) Voir ce que nous avons dit plus haut, au n° 9.
(3) L. 24, D. VI, 1.

Tous ces effets appartiennent *a fortiori* à la possession qualifiée par l'article 2229, laquelle donne en outre droit aux actions possessoires lorsqu'elle a duré un an, et acquiert, lorsqu'elle a duré trente ans, la propriété des immeubles possédés (art. 2263).

De plus, en fait de meubles la seule possession donne la propriété, sauf le cas de vol ou de perte (art. 2279).

La possession d'un immeuble avec juste titre et bonne foi, donne la propriété par le laps de dix ou de vingt ans; elle donne en outre la propriété des fruits, comme en droit romain. Pour la prescription il suffit que la bonne foi existe au moment de l'acquisition de la possession, tandis que le droit de faire les fruits siens cesse pour le possesseur lorsque la bonne foi cesse (1).

Enfin le possesseur qui a juste titre est préféré à celui qui n'a aucun titre : c'est le cas de l'action publicienne du droit romain, admise aussi dans la jurisprudence française (2).

83. L'art. 2226 dispose qu'on ne peut prescrire le domaine des choses qui sont hors du commerce. Quelles sont ces choses? Nulle part le Code n'en donne la définition.

D'abord on peut conclure de l'art. 2227 que ce n'est pas à raison de la qualité du propriétaire, que certaines choses sont imprescriptibles, puisqu'en vertu de cet article l'état, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers.

D'un autre côté l'art. 538 du Code civil dit bien que les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables et flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades et généralement toutes les portions du territoire qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public. Mais il ne dit pas expressément que les choses appartenant au domaine public, sont hors du commerce, et il ne le pouvait pas; car l'art. 539 énumère aussi comme objets appartenant au domaine, les biens vacants et sans maître, ceux des personnes décédées sans héritier ou dont les

(1) Art. 2265-2269, 549-550 du Code civil.
(2) Voir Duranton, t. XXI, n° 184 (éd. fr.).

successions sont abandonnées, biens qui certainement sont susceptibles d'être prescrits, et ne sauraient être considérés comme hors du commerce.

Du rapprochement de ces articles il résulte donc à l'évidence que ce n'est pas à raison de la personne à laquelle ils appartiennent, mais seulement à raison de leur destination, que les biens appartenant à l'état, aux établissements publics, aux communes, peuvent être considérés comme imprescriptibles; en d'autres termes, que ce n'est qu'en tant que ces biens sont nécessaires à l'usage de tous, et servent à cet usage, n'ayant pas perdu leur destination, qu'ils sont considérés comme imprescriptibles, comme hors du commerce (1). Par conséquent à l'égard des choses publiques se présente, dans notre droit moderne, la même distinction que nous avons faite plus haut pour le droit romain (n° 12). Les *res quae in publico usu habentur,* ne pouvaient être prescrites, ni possédées; l'*ager publicus,* le *fundus provincialis* n'étant pas *in publico usu,* mais seulement *in patrimonio publico* pouvaient être possédés et quoiqu'ils ne pussent être usucapés, devinrent cependant susceptibles d'être prescrits par la *longi temporis possessio.* De même aujourd'hui les terres, prairies, bois appartenant à l'État, aux communes, aux établissements publics, peuvent être prescrits; mais les choses énumérées aux art. 538 et 540, et qui sont destinées aux usages publics, aux besoins du commerce (art. 538), à la défense de l'État, sont imprescriptibles, et il en est de même des églises, des cimetières, des hôpitaux, c'est-à-dire des choses servant au culte et au soulagement de l'humanité souffrante, qui est un culte aussi.

Mais ces choses ne sont imprescriptibles qu'en tant qu'elles ont servi et continuent de servir à cet usage. Si l'usage public avait cessé, rien ne s'opposerait plus à la prescription, comme le suppose l'art. 541 lorsqu'il dit que les terrains des fortifications des places qui ne sont plus places de guerre, appartiennent à l'État, si la propriété n'a été prescrite contre lui (1). Toute-

(1) Garnier, *Traité des actions possessoires,* p. 82, 83 (édit. Bruxelles, n° 1834). — Zachariæ, *Cours de droit civil français,* § 187.

(1) Comp. Carou, *Actions possessoires,* n° 419; et arrêt de la Cour de cass. de France du 3 nov. 1824 (Sirey, 1825, 1, p. 62).

fois, comme relativement à ces terrains l'usage public et le non-usage sont difficiles à constater, la prescriptibilité des fortifications, des remparts et des terrains des places de guerre, est subordonnée, en vertu de l'art. 13 de la loi du 8-10 juillet 1791, à une décision du ministre de la guerre dont il conste que ces terrains ont été déclarés ne plus appartenir au service militaire (1).

Par les mêmes motifs et sous la même restriction, ces biens ne peuvent être l'objet d'une possession privée, car les particuliers ne sauraient faire usage de telles choses *ut singuli,* en leur nom privé, mais seulement *ut universi,* c'est-à-dire comme membres de la communauté politique, civile ou religieuse à laquelle ils appartiennent, communauté qui, à elle seule, comme personne morale, est investie de tous les droits de propriété et de possession. Il est donc impossible qu'à l'égard de ces objets un particulier puisse invoquer sa possession telle qu'elle est qualifiée par les art. 2229 du Code civ. et 23 du Code de proc. civ., c'est-à-dire d'un possession non interrompue, non équivoque et à titre de propriétaire.

84. Quant aux choses qui sans être hors du commerce, sont cependant déclarées imprescriptibles par la loi; en d'autres termes, quant aux choses qui sont dans le commerce, qui sont la propriété des particuliers, mais qui sont imprescriptibles, à cause non pas de l'usage public auxquelles elles sont destinées, mais de la faveur spéciale dont la loi entoure certaines personnes, tels que les biens des mineurs et des interdits, les biens dotaux, faut-il dire que ces choses sont également non-susceptibles de possession?

Ces biens étant dans le commerce, étant un objet de propriété et de possession privées, peuvent être possédés par chacun d'une manière non vicieuse, c'est-à-dire publique, paisible et à titre de propriétaire. Seulement, tant que le bien est dotal, tant que le mariage subsiste, tant que dure la minorité, l'interdiction, la loi s'oppose à ce qu'ils soient acquis par la prescription (2); par conséquent il n'y aucun motif pour priver la possession de tel bien de

(1) Comp. Arrêt de la Cour de cassation de France du 3 mars 1828. — Sirey, 1828, 1, p. 147. — Voyez aussi Sirey, 1828, 2, p. 81.

(2) Art. 1561, 2235, 2252 du Code civil.

la protection qu'accorde l'art. 23 du Code de procédure à toute possession annale et non vicieuse. Remarquons d'ailleurs que la question de prescription est une question de propriété dont le juge de paix, juge du possessoire, ne peut pas connaître. Il ne lui appartient donc pas de déclarer que le bien est imprescriptible; il doit se borner à juger s'il y a, oui ou non, possession annale et non vicieuse, la chose étant de sa nature susceptible de possession. D'ailleurs la loi, par cela qu'elle soustrait à la prescription les biens dotaux et ceux qui appartiennent à des mineurs ou à des interdits, n'a point pour but de les mettre à l'abri des contestations que les tiers peuvent élever sur ces mêmes biens. Ces biens ne sont imprescriptibles qu'à la condition que la propriété en soit réellement à la femme ou aux mineurs; or refuser aux tiers le droit de se prévaloir d'une possession annale non vicieuse, ce serait leur refuser en même temps le droit de contester la propriété; car les actions possessoires sont des moyens qui préparent l'instance en revendication, et qui ont pour effet de rejeter la preuve de la propriété sur la partie qui succombe au possessoire. Si la possession n'avait d'autre effet que la prescription, l'on concevrait que l'on pût dire : la prescription n'est pas admise, donc la possession ne peut l'être. Mais ces prémisses ne pouvant être admises, la conclusion serait erronée. Ces biens sont donc susceptibles de possession, et le juge de paix pourra maintenir dans sa possession celui qui s'est trouvé pendant une année dans la possession non vicieuse d'un bien qu'on prétend bien dotal ou bien de mineurs. Le juge de paix n'a pas à s'enquérir de la question de propriété, ni par conséquent de la question de prescriptibilité; mais la possession jugée, en supposant qu'elle le soit contrairement aux intérêts de la femme ou des mineurs, il appartient au juge ordinaire de connaître de la question de propriété, de décider que la possession, bien qu'elle soit reconnue constante, n'a pu avoir pour effet la prescription au détriment de la femme ou du mineur (1).

(1) Telle est la doctrine de Pothier, *Traité de la possession*, n° 101, et des auteurs modernes les plus estimés : — Carré, *Justices de paix*, VI, p. 429; — Carou, *Actions possessoires*, p. 543; — Garnier, *Actions possessoires*, p. 87; — Dalloz, *Jurispr. du XIXe siècle* (alphabétique, in-8°), v° *Actions possessoires*.

Ainsi, quant aux choses imprescriptibles, il faut se garder de dire : « En général une chose qui est imprescriptible, est aussi non susceptible de possession; » mais il faut distinguer :

1° Les choses qui sont imprescriptibles, parce qu'elles sont hors du commerce, parce qu'elles sont destinées à l'usage de tous, et qui sont non-susceptibles de possession;

2° Les choses qui sont imprescriptibles, bien que dans le commerce, tels que les biens dotaux, les biens des mineurs ou des interdits, qui sont susceptibles de possession comme tous les autres biens, possession qui ne peut cependant conduire à l'acquisition de la propriété, tant que durent les causes qui ont suspendu la prescription.

85. Les choses mobilières sont-elles, dans notre droit moderne, susceptibles de possession, et peuvent-elles être l'objet des actions possessoires?

L'absence d'une définition légale et explicite de ce qui est susceptible de possession a fait naître des systèmes opposés. Assez longtemps les commentateurs du Code ont distingué entre les meubles isolés, et l'universalité des meubles dont se compose une succession, et ont rejeté la possession pour les meubles isolés, tout en l'admettant pour cette universalité; telle est l'opinion de Merlin, Henrion de Pansey, Troplong, Zachariæ (1). D'autres auteurs qui ont plus récemment examiné la question, Carré, Garnier, Favard de Langlade, Curasson, etc. (2), se sont prononcés pour la non admissibilité de la possession en matière de meubles, sans distinguer entre les meubles isolés et l'universalité de meubles. Enfin une troisième opinion, diamétralement opposée à la seconde, a été mise en avant par Renaud dans un article publié dans le *Kritische Zeitschrift* de Mittermaier.

86. La première opinion n'a d'autre fondement que l'ancienne

(1) Merlin, *Répert. univ.*, verbo *Complainte*, § 3, n° 2; — Henrion de Pansey, *De la compétence des juges de paix*, chap. V, § 5. — Troplong, *De la prescription*, I, n° 281; Paillet, sur l'art. 23 du Code de proc., n° 20; — Zachariæ, § 187.

(2) Carré, *Justices de Paix;* — Garnier, p. 84 (éd. fr.); — Favard de Langlade, *Répert.* v° *Complainte*; — Curasson, *Comp. de Juges de Paix*, 2, p. 122; — Rauter, *Procéd.*, n° 53; — Carou, *Actions possess.*, n° 598; — Belime, n° 278.

jurisprudence. Suivant la coutume de Paris, les actions possessoires sont formellement exclues, quand il s'agit d'un meuble particulier, par l'article 97 ainsi conçu : « Aucun n'est recevable de soi complaindre et intenter le cas de nouvelleté pour une chose mobilière particulière, mais bien pour universalité de meubles, comme en succession mobilière. » L'ordonnance de 1667, titre XVIII, art. 1, confirme implicitement cette disposition. En énumérant les choses qui donnent lieu aux actions possessoires, elle fait mention de l'universalité de meubles; d'où l'on a conclu qu'elles ne pouvaient l'exercer pour des meubles considérés isolément.

Les auteurs, d'accord avec la jurisprudence, ont généralement admis la même distinction; ou plutôt, ils n'ont admis les actions possessoires que par forme d'une exception, qu'ils ont restreinte à l'universalité de meubles, lorsqu'une succession mobilière est contestée entre plaideurs (1). Et encore importe-t-il de remarquer que la plupart de ces auteurs, tout en acceptant cette distinction, ont avoué ne plus en comprendre le motif. Ainsi Bourjon, après avoir critiqué la disposition de l'ordonnance, finit par dire : « Je n'y vois » pas de base; c'est vain examen, vaine curiosité plus que réalité » que cette décision. »

87. Tel était l'état de la législation et de la jurisprudence lors de la publication de nos codes. Le Code civil a-t-il sanctionné ce système que Bourjon a critiqué; ou bien a-t-il déclaré l'action possessoire non admissible en matière mobilière; ou bien enfin, l'a-t-il admise généralement, comme le prétend M. Renaud?

Le Code à la vérité ne décide pas la question en des termes bien explicites; mais quand on examine plusieurs de ses dispositions et qu'on les compare entre elles, on trouve de bien puissants motifs pour se décider en faveur de la seconde opinion, en dernier lieu fortement défendue par Garnier, Carou et Belime.

Remarquons d'abord que l'art. 2279 du Code civil fournit déjà un argument puissant contre l'admission de l'action possessoire en

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, tit. IV, chap. de la Complainte; — De Laurière, sur l'art. 97 de la Cout. de Paris; — Du Plessis, *Des actions*, p. 598.

matière mobilière, en décidant qu'en fait de meubles possession vaut titre. La possession est à la fois pour les meubles le signe de la propriété, le mode de l'acquérir et la propriété elle-même. — Comment donc concevoir qu'elle soit en même temps un droit séparé et distinct du droit de propriété, et qu'en fait de meubles il puisse y avoir une instance séparée pour le possessoire, et une autre pour le pétitoire?

Toutefois, comme le remarque M. Carou, cet argument peut ne pas paraître tout à fait péremptoire pour ce qui regarde l'universalité de meubles, puisque l'ancien droit, bien qu'il reconnût aussi le principe qu'en fait de meubles possession vaut titre, a cependant admis les actions possessoires quand il s'agissait d'une universalité de meubles dont se composait une succession.

Mais si aucune disposition de la loi n'exclut d'une manière formelle et générale l'application des actions possessoires aux meubles, l'art. 3 du Code de proc. est cependant conçu de telle sorte, qu'on ne saurait admettre cette application sans faire en quelque sorte violence au mot *situation*, dont se sert la loi pour indiquer le juge compétent quand il s'agit des actions possessoires. En effet cet article comprend dans l'énumération des actions qu'il faut intenter devant le juge de la situation de l'objet litigieux, *toutes les actions possessoires*. Or, d'un autre côté, d'après l'article 2 du même Code, les actions purement personnelles et mobilières doivent s'intenter devant le juge du domicile du défendeur, disposition qui consacre le principe que les meubles suivent la personne, et n'ont par conséquent pas de situation. Comment dès lors soutenir que le législateur ait eu l'intention d'appliquer les actions possessoires aux meubles, lorsqu'il a voulu que toutes les actions possessoires fussent intentées devant le juge de la situation de l'objet litigieux?

Il suit de là que par induction de l'art. 2279 du Code civil et par les termes des art. 2 et 3 du Code de proc. civ. ensemble comparés, l'action possessoire est inapplicable aux choses mobilières, et que par conséquent ces choses ne sont pas susceptibles de possession, en ce sens qu'il ne peut y avoir sur les meubles un droit de possession séparé du droit de propriété.

88. Cette règle s'applique-t-elle à l'universalité des meubles formant une succession, comme aux meubles considérés isolément, ou bien existe-t-il des motifs particuliers pour introduire une exception à la règle tracée par les dispositions que nous venons de citer?

Écoutons un des auteurs qui ont le plus récemment admis l'action possessoire pour l'universalité des meubles d'une succession : « Les choses mobilières considérées individuellement, dit Zachariæ (§ 187), ne sauraient être l'objet de l'action possessoire (*Arg.*, art. 2279). Cette action ne peut même, en fait d'universalité de meubles, être exercée que par l'héritier ou le légataire universel auxquels la loi attribue la saisine héréditaire. » — Quel est le motif de cette exception? Nous avons vu que Bourjon l'a cherché sans le trouver; les annotateurs de Zachariæ sont-ils plus heureux lorsqu'ils disent, en note : « Quoique la saisine légale ne puisse, d'après la nature des choses, servir de base à l'usucapion, rien n'empêche qu'elle ne devienne le fondement d'une action possessoire. Il y a d'autant plus de raison d'attribuer cet effet à la saisine légale, que non seulement elle emporte la présomption d'un droit, mais qu'elle n'est même que la conséquence d'un droit reconnu. » — C'est précisément cette explication qui fait voir tout ce que cette exception renferme d'insoutenable; car non seulement elle est contraire à l'art. 2279 du Code civil et aux articles 2 et 3 du Code proc., elle est encore diamétralement opposée à l'art. 24 du Code de proc., comme il nous sera facile de le démontrer.

Supposons que je me trouve en possession d'une succession purement mobilière, et qu'un trouble soit apporté à ma jouissance par un tiers qui se prétend héritier comme moi, ou légataire universel, pourrai-je intenter contre ce tiers l'action possessoire? — Le pourrai-je comme possesseur réel, annal, des choses mobilières que je détiens individuellement? Non; Zachariæ en convient, l'article 2279 s'y oppose.

Le pourrai-je comme possesseur réel et annal de l'universalité? Pas davantage; car, Zachariæ en convient encore (1), les univer-

(1) Au même § 187, note 4, et au § 185, note 1.

salités de choses ne sont pas susceptibles de possession réelle, et il n'y a que les *singulae res* qui puissent être possédées.

Le pourrai-je en vertu de la saisine légale, en vertu de cette possession que Zachariæ appelle fictive et que l'on nomme saisine héréditaire? Oui, d'après Zachariæ; mais voyons le motif, voyons les conséquences.

C'est parce que la saisine légale, cette possession que Zachariæ appelle fictive, est la conséquence d'un droit, qu'elle donne lieu aux actions possessoires. Donc pour établir le fondement de mon action vis-à-vis de celui qui me trouble, il faudra bien aussi que j'établisse mon droit, ma qualité d'héritier ou de légataire universel; il faudra donc forcément, si l'on soutient que mon action est inadmissible, que le juge connaisse du fond du droit, qu'il juge lequel du demandeur ou du défendeur est le véritable héritier, puisque c'est comme tel seulement que je puis avoir la saisine légale, la saisine héréditaire, jugement qui tendrait à bouleverser l'ordre des juridictions, et qui est formellement placé hors de sa compétence par l'art. 24 du Code de proc., par lequel il est défendu au juge du possessoire de connaître du fond. Ainsi, soit qu'il s'agisse de meubles considérés isolément, soit qu'il s'agisse d'une universalité de meubles, il est impossible de séparer la question du droit, de la question de la possession.

A côté des arguments qui se tirent de ces textes, se présente une considération historique exposée par M. Curasson, et qui nous paraît renfermer le motif pour lequel le Code, ainsi que cela résulte implicitement des articles cités, a généralement soustrait les meubles à l'action possessoire. Dans l'ancien droit, dit ce jurisconsulte, l'hérédité d'une personne se divisait en plusieurs hérédités : hérédités de meubles, de conquêts, de propres paternels, de propres maternels; on comptait presque autant de successions que de natures de biens. Les meubles étaient accordés à certains héritiers, les immeubles à d'autres; et cela suivant des principes différents et variables de localité en localité. Alors il a pu sembler utile d'accorder une action particulière et spéciale pour réclamer une universalité de meubles, parce que dans ce cas la succession était réputée mobilière, non seulement en raison des

objets qui en dépendaient, mais aussi du lieu même de son ouverture, et de la qualité du successeur. Mais aujourd'hui que les meubles et les immeubles se confondent dans la succession, et qu'ils se transmettent au même titre à l'héritier, l'action tendant à faire reconnaître le demandeur comme héritier, ne peut être qu'une pétition d'hérédité, soit qu'il s'agisse d'une succession mobilière, soit qu'il s'agisse d'une succession immobilière; et dans le cas où les droits des prétendants sont incertains de part et d'autre, il ne peut y avoir lieu qu'au séquestre, ainsi que le remarque Garnier. — Ces considérations corroborent l'argument que nous avions déjà tiré des art. 2279 du Code civil et 2, 3 et 24 du Code de procédure.

89. Après l'examen que nous venons de faire, nous ne dirons plus que quelques mots du système de M. Renaud (1), qui prétend que l'action possessoire doit être admise quand il s'agit de meubles considérés individuellement, tout aussi bien que quand il s'agit d'une universalité de meubles.

Dans le silence du Code sur cette question, dit M. Renaud, il faut interroger les sources où le Code a puisé. Les auteurs, dit-il, qui n'admettent pas les actions possessoires en matière mobilière, se fondent principalement sur ce que le Code aurait suivi l'ancien droit coutumier de la France. C'est ce que M. Renaud conteste; il ne disconvient pas que l'article 23 du Code de proc., en exigeant la possession annale, a consacré le droit coutumier, mais il soutient qu'en général les dispositions de nos Codes sur la possession sont empruntées à Pothier, qui dans son traité serait resté attaché au droit romain; d'où il conclut que dans le doute il faut admettre le droit romain comme formant la règle. Or, dit-il, le droit romain donnait un interdit *retinendae possessionis* à celui qui était troublé dans sa possession mobilière. Il ajoute que si en général les coutumes de France n'admettaient pas cet interdit, il y en avait cependant où il était admis, et il invoque les dispositions de la coutume de Normandie. De plus, dit-il, le *remedium spolii* dans l'ancien

(1) *Kritische Zeitschrift für Rechtwissenschaft und Gezetzgebung des Auslandes* (Heidelberg), tome XIV.

droit français, s'appliquait généralement en matière mobilière comme en matière immobilière. C'est donc à tort, dit-il, qu'on refuse au possesseur d'un meuble l'interdit *retinendae possessionis* et le *remedium spolii.* — Enfin il prétend que l'article 2279 ne fournit pas d'argument suffisant pour faire admettre ce système, qu'au contraire, si la loi protège le possesseur qui est seulement présumé propriétaire, à plus forte raison doit-elle protéger le possesseur qui est propriétaire.

Contre cette argumentation nous répondrons deux choses :

Pothier lui-même, dans son traité de la possession (n° 93), enseigne qu'il n'y avait pas, en droit français, d'interdit *utrubi* pour les meubles comme il en existait en droit romain; « dans notre droit français, dit-il, lorsque deux parties se disputent une chose mobilière, on entre d'abord dans la question de la propriété. » De même dans son commentaire sur la coutume d'Orléans, après avoir dit que, pour simples meubles, on ne peut intenter complainte, il ajoute : « la raison en est que la possession d'un meuble particulier ne peut guère être incertaine, » raison qui nous paraît péremptoire. Donc d'après Pothier lui-même, l'ancien droit français avait répudié sur ce point les principes du droit romain.

Disons en second lieu que si l'art. 2279 ne s'oppose pas d'une manière formelle à ce qu'on applique les actions possessoires même à des meubles, cette application, comme nous l'avons démontré ci-dessus, est cependant repoussée par les art. 2, 3 et 24 du Code de procédure.

Quant à l'argument tiré de ce que la loi, si elle protège le possesseur qui n'a pour lui qu'une présomption de propriété, doit à plus forte raison protéger le possesseur qui est propriétaire, cet argument est fort subtil, mais il ne prouve rien. La loi protège le possesseur d'un meuble, et elle le protège de la manière la plus efficace en le considérant comme propriétaire; s'il est spolié il a les actions du vol, il peut recourir aux tribunaux de répression, à moins qu'il ne préfère la voie civile; et s'il n'est pas spolié, il ne saurait y avoir lieu à l'interdit *retinendae possessionis,* parce que la possession d'un meuble ne saurait être incertaine.

90. Après avoir vu que les actions possessoires n'ont lieu ni pour quelques meubles, ni pour une universalité de meubles, il nous reste une seule observation à faire, c'est que ces actions s'appliquent cependant aux meubles qui sont devenus immeubles par destination, soit que ces meubles aient été physiquement incorporés à l'immeuble, comme le sont les objets scellés à plâtre ou à chaux, soit que ces meubles aient été livrés par le propriétaire au fermier, ou placés par lui, pour le service et l'exploitation du fond, comme les animaux servant à l'exploitation, les ustensiles aratoires, les lapins des garennes, les poissons des étangs, les pigeons des colombiers, les ruches à miel, les pailles et engrais, etc. (1).

Lorsqu'une pareille chose est enlevée au possesseur, on peut dire, avec M. Garnier, que c'est moins dans la possession de ces objets mobiliers, que dans celle de l'immeuble, de la garenne, de l'étang, du colombier ou de la ferme, que le possesseur demande à être maintenu. Jusque là point de contestation; tous les auteurs sont d'accord. Il arrivera peut-être rarement qu'en pareil cas le possesseur songe à se pourvoir au possessoire, il préférera le plus souvent se constituer partie plaignante devant la justice de répression pour que l'atteinte portée à ses droits soit plus sévèrement réprimée; peut-être aussi le possesseur se bornera-t-il à demander simplement des dommages-intérêts (art. 1382), parce que d'ailleurs la possession ne lui est pas contestée; mais il n'est pas moins certain qu'il a la faculté d'opter pour l'action possessoire, sans que le défendeur puisse opposer l'exception qu'il n'élève aucune prétention à la possession ni à la propriété.

Mais si celui qui aurait enlevé un de ces objets qui sont réputés immeubles par destination, l'avait livré à un tiers, l'action possessoire pourrait-elle être intentée contre ce tiers?

En règle générale l'action possessoire peut, comme nous le verrons, s'intenter selon notre droit moderne, contre le tiers possesseur. Si l'immeuble occupé pendant l'absence du possesseur, ou dont le possesseur a été expulsé, a passé en de tierces mains, nul doute que l'action possessoire peut être intentée. Mais l'ar-

(1) Voyez art. 524 et 525 du Code civil.

ticle 2279 s'oppose à ce qu'il en soit de même quand il s'agit d'objets qui sont mobiliers de leur nature, et qui n'ont été immeubles que par destination. Lorsque pour les cas de vol et de perte, cet article déroge au principe que possession vaut titre, et n'accorde cependant pour ces cas d'exception que l'action en revendication, c'est là une exception à laquelle on ne saurait rien ajouter; donc on ne saurait accorder outre la revendication, les actions possessoires, et par ces motifs nous pensons que les actions possessoires, bien qu'applicables aux choses mobilières réputées immeubles par destination, ne peuvent cependant être intentées contre les tiers possesseurs de ces objets.

91. Passant aux droits que l'art. 526 du Code civil déclare immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, nous distinguerons :

1° Les servitudes personnelles;

2° Les servitudes réelles, et, parmi celles-ci, les servitudes établies par la loi et celles établies par le fait de l'homme, qui se subdivisent encore en servitudes continues et apparentes, servitudes discontinues, et servitudes non apparentes;

3° Les droits d'usage dans les forêts, établis au profit des communes, ainsi que les droits de parcours et de vaine pâture;

4° Le nantissement, le gage et l'antichrèse;

5° Les droits d'emphytéose et de superficie.

Nous avons vu que le droit romain n'a admis de possession proprement dite que quand il s'agissait de choses corporelles; qu'ainsi une universalité de choses n'était jamais possédée comme telle, mais que les *singulae res* étaient seules possédées; que pareillement un droit n'était pas susceptible d'une possession proprement dite; mais qu'en même temps dans les droits qui ne s'éteignaient pas par leur exercice, c'est-à-dire qui pouvaient s'exercer avec continuité, il admettait une *juris possessio* appelée aussi *quasi possessio,* c'est-à-dire une possession par analogie (1).

Or, il résulte de la définition de l'art. 2228, que le Code civil reconnaît aussi une *juris possessio;* et même la définition la confond avec la possession des choses corporelles. Est-ce à dire que

(1) Voyez plus haut les nos 13, 14, 37, etc.

dans le système du Code tout droit puisse être l'objet d'une possession? Nullement, car bien que le Code n'exprime pas quels droits sont susceptibles de possession, il est impossible d'abandonner en cette matière les règles du droit romain, qui sont consacrées par la nature des choses. On ne peut pas admettre la possession d'un droit qui s'éteint par l'exercice même, car la possession ne peut consister que dans cet exercice, qui pour être distinct du droit doit être susceptible d'être continu. C'est pourquoi d'abord les obligations ne sont pas susceptibles de possession, comme nous l'avons déjà montré; le droit de gage même, comme droit, ne peut l'être, puisque l'exercice du droit de gage consiste dans la vente de l'objet engagé, pour que le créancier soit satisfait du prix, et que cette vente éteint le droit de gage même (1). Les actions par conséquent ne sont pas davantage susceptible de possession, car au fond elles sont des obligations; bien qu'on les distingue en réelles et personnelles, en tant que la contestation a pour objet un droit réel ou un droit d'obligation, elles ont cependant toutes un côté personnel; elles supposent toutes que le défendeur a posé un fait ou a commis une omission contraire au droit du demandeur, fait qui constitue le *fundamentum agendi proximum;* et tel est le motif pour lequel les obligations et les actions sont confondues au livre XLIV, titre 7 du Digeste, intitulé : *De obligationibus et actionibus.* Nous conclurons de là que parmi les droits que l'art. 526 du Code civil déclare immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, ne sauraient être l'objet d'une *juris possessio.*

Dire que le Code n'a pu s'écarter, quant aux droits qui sont susceptibles de possession, de la nature des choses, c'est dire en d'autres termes qu'il n'a pu admettre la *juris possessio* là où le droit romain ne l'a pas admise. Il y a plus : comme selon notre droit moderne, la possession doit être qualifiée, pour jouir de la protection des actions possessoires (2), nous verrons que notre droit, dans quelques cas, notamment pour certaines espèces de

(1) Voyez nos 14, 19, etc.
(2) Art. 2229 du Code civ., et 23 du Code de pr. civ.

servitudes, n'admet pas de possession légale, tandis que le droit romain l'admettait généralement. En droit moderne la *juris possessio* se trouve donc encore plus restreinte qu'en droit romain.

92. Le droit romain et l'ancienne jurisprudence se sont accordés à admettre la *juris possessio* en matière d'usufruit (1); cette opinion a également prévalu chez les modernes (2), et n'est plus l'objet du moindre doute. En effet rien n'empêche la quasi-possession de l'usufruit de réunir les qualités requises par l'art. 2229, c'est-à-dire d'être annale, publique, paisible, continue, non précaire. Et si l'art. 2236 qualifie de précaire la possession de l'usufruitier, le mot de précaire ne s'applique dans cet article qu'à la *corporis possessio;* car, comme nous l'avons vu plus haut, la chose soumise à l'usufruit, l'usufruitier ne la détient qu'au nom d'autrui, c'est-à-dire, dans le langage de nos lois, qu'il la possède précairement. Mais le droit, il le possède en son propre nom comme une partie détachée du droit de propriété. Ceci prouve que théoriquement parlant il est dangereux de confondre la *corporis possessio* avec la *juris possessio,* comme le fait la définition de l'art. 2228, puisque cette confusion donne quelquefois au texte de la loi une apparence de contradiction.

L'usufruitier a donc les actions possessoires, et il les a, non seulement contre les tiers qui le troublent dans son droit, mais même contre le propriétaire. Si l'art. 614 du Code civil oblige l'usufruitier à dénoncer toute espèce d'usurpation au propriétaire, cela prouve seulement que le nu-propriétaire aussi, dans l'intérêt de la conservation de la propriété, a l'action possessoire fondée sur la *corporis possessio* dans laquelle il est représenté par l'usufruitier, mais cela ne saurait prouver que lui seul aurait les actions possessoires, que l'usufruitier ne les aurait pas. L'usufruitier les a, parce que le trouble lui porte préjudice, parce qu'il est obligé de conserver intacts les droits du propriétaire, et parce qu'enfin il est investi d'une partie du droit de propriété (3).

(1) Pothier, *Traité de la possession,* n° 100. — Bourjon, *Droit commun de la France,* chap. Complainte.

(2) Henrion de Pansey, *De la compétence des Juges de paix,* chap XL; — Duranton, IV, n° 513; — Proudhon, *Traité de l'usufruit,* § 1259.

(3) Comp. en sens différent Carou, n°s 204 et 205.

Suivant une doctrine constante, la même règle s'applique au droit d'usage et au droit d'habitation (1).

93. Dans les servitudes réelles nous distinguerons d'abord les servitudes établies par la loi, de celles établies par le fait de l'homme.

Quant aux servitudes établies par la loi, elles comprennent aussi celles qui d'après l'art. 539 dérivent de la situation naturelle des lieux. Il est même à remarquer que c'est toujours à raison de la situation des lieux que sont établies les servitudes, de sorte que la division en servitudes qui dérivent de cette situation, et en servitudes établies par la loi, manque d'exactitude. Les servitudes légales ou naturelles ne sont pas à proprement parler des servitudes; ce sont des limites tracées par la loi même au droit de propriété. Le propre de la servitude est de déroger au droit de propriété, et d'augmenter les prérogatives du fond dominant, au détriment d'une autre propriété dont les droits sont diminués, d'être enfin un *augmentum* et une *diminutio juris*, comme dit la loi romaine (2). La servitude que le Code appelle légale ou naturelle, n'est pas une servitude proprement dite; elle n'est que la délimitation du droit de propriété. Or si ces servitudes ne sont pas des droits détachés de la propriété, il s'ensuit qu'il ne saurait y avoir de quasi-possession quand il s'agit de servitudes légales ou naturelles.

Prenons par exemple la servitude naturelle en vertu de laquelle le propriétaire du fond inférieur est obligé à recevoir les eaux de source ou de pluie qui découlent naturellement du fonds supérieur. Le propriétaire du fonds inférieur a l'obligation de recevoir les eaux, il n'en a pas le droit; le propriétaire du fonds supérieur peut donc les garder. Mais s'il les laisse écouler, il doit leur laisser leur cours naturel, sans rien faire qui puisse aggraver l'écoulement pour le fonds inférieur : telle est la délimitation du droit de propriété tracée par la loi (3). De ce qu'il n'y a pas là de servitude proprement dite, il suit :

(1) Proudhon, *Traité de l'usufruit*, V, n° 2748 et 2797. — Zachariæ, § 187. — Poncet, *Traité des Actions*, n° 79.

(2) L. 5, § 9, D. XXXIX; et L. 4, D. VIII, 5.

(3) Art. 640 et 641 du Code civil.

1° Que si le propriétaire d'un fonds venait à y découvrir une source, le propriétaire du fonds inférieur sur lequel les eaux de cette source s'écouleraient par la situation naturelle des lieux, ne pourrait pas intenter la complainte, se fondant sur ce que cet état de choses n'a pas existé antérieurement;

2° Que si le propriétaire du fonds supérieur qui renferme une source dont les eaux se seraient écoulées sur le fonds inférieur, avait trouvé bon de retenir ces eaux, les propriétaires inférieurs ne pourraient pas invoquer la possession annale en cette jouissance. Ils ne pourraient pas même invoquer la possession immémoriale, à moins qu'il n'y eût titre contraire ou prescription fondée sur des ouvrages apparents destinés à faciliter le cours de l'eau dans la propriété inférieure, et que ces ouvrages n'eussent été exécutés en partie au moins sur le fonds supérieur (art. 642); d'où nous pouvons conclure que de pareils ouvrages existant depuis un an donneraient lieu aussi aux actions possessoires (1).

Ainsi, en tant que la loi n'admet pas la prescription contre les droits de propriété, qu'elle appelle aussi servitudes naturelles ou légales, il ne saurait non plus y avoir d'action possessoire pour le maintien d'un état de possession dont il conste que ces droits n'ont pas été exercés. Par conséquent, comme le propriétaire d'un fond ne saurait en aucun temps être privé de la faculté de laisser naturellement s'écouler les eaux de source et les eaux pluviales sur le fonds inférieur, comme ce droit est inhérent à sa propriété et ne constitue pas un véritable droit de servitude, le propriétaire du fonds inférieur ne saurait pas invoquer une possession annale pendant laquelle cette faculté n'eût pas été exercée, pour se prétendre troublé dans la possession de son fonds.

D'un autre côté, comme le propriétaire du fonds supérieur peut se servir de la source que renferme son fonds et des eaux pluviales qu'il y recueille, sans les laisser écouler, le propriétaire du fonds inférieur ne saurait se prévaloir de l'écoulement qui aurait eu lieu, fût-ce de temps immémorial, pour se prétendre troublé, alors que le propriétaire du fonds supérieur aurait jugé convenable de rete-

(1) Comp. Carou, nos 101 à 111.

nir ces eaux. Mais s'il y a des ouvrages apparents qui indiquent un état contraire, la prescription et la possession annale peuvent être invoquées. Nous nous trouvons alors dans le cas d'une véritable servitude, car la dérogation à la servitude naturelle, c'est-à-dire la diminution des droits de propriété tels qu'ils sont définis par la loi, est précisément ce qui constitue la servitude proprement dite, laquelle, si elle est continue et apparente, peut être acquise par prescription et est susceptible de possession.

94. Les servitudes établies par le fait de l'homme sont les seules que le droit romain et l'ancienne jurisprudence aient qualifiées de servitudes. Seules elles constituent un droit, qui loin d'être renfermé implicitement dans le droit de propriété, comme les droits ou facultés qu'on appelle servitudes naturelles, est au contraire un droit distinct et séparé de la propriété, une *diminutio juris* d'un côté, et un *augmentum juris* de l'autre, un droit qui par conséquent exige à côté du titre de la propriété, un titre spécial ou un mode d'acquisition consacré par la loi.

Ainsi le propriétaire inférieur met obstacle à ce que les eaux d'une source ou les eaux pluviales découlent naturellement de mon fonds sur le sien : je n'ai pas besoin de prouver que je suis dans la possession annale du droit de laisser écouler ces eaux; je prouve que je suis possesseur annal du fonds, et, cela établi, mon droit de laisser écouler les eaux existe comme renfermé dans mon droit de possession ou de propriété. Par conséquent le voisin qui les arrête, me trouble dans la possession de mon fonds, et doit succomber par cela même que j'en suis reconnu possesseur. Le droit de laisser écouler les eaux, qu'on appelle servitude naturelle, peut ainsi devenir la cause ou l'occasion de l'action possessoire, mais on ne saurait jamais le considérer comme en étant l'objet spécial, parce que ce droit, comme nous l'avons déjà dit, ne constitue pas un droit distinct, mais un droit nécessairement et implicitement renfermé dans le droit de propriété.

Il en est tout autrement des servitudes établies par le fait de l'homme. Lorsque je prétends par exemple avoir le droit de vue sur le fonds voisin, cette prétention implique dérogation à la délimitation du droit de propriété, tracée par les articles 676,

677, 678 et 679 du Code civil, qui ne m'autorisent qu'à avoir des fenêtres soit à une certaine distance, soit directes mais à verre dormant et garnies d'un treillis de fer, à une hauteur de huit pieds au moins. Ces articles ne m'autorisent donc nullement à ouvrir une fenêtre qui me donne vue sur le fonds voisin sans laisser un espace intermédiaire. Ouvrir une fenêtre indépendamment de cet espace, serait donc un droit exorbitant du droit de propriété, et constituerait une augmentation de mon droit, une diminution du droit de la propriété voisine. Donc, si je prétends avoir droit d'ouvrir une fenêtre directe, qui me donne vue sur le fonds voisin, et que le propriétaire s'y oppose, je pourrai me prétendre troublé, en prouvant que j'ai été dans la possession paisible, non interrompue, non précaire de cette fenêtre, pendant une année.

Mais toutes les servitudes véritables, toutes les servitudes établies par le fait de l'homme ne peuvent être l'objet d'une possession qui soit protégée par l'action possessoire. En effet la possession, pour jouir de cette protection, doit présenter les caractères voulus par les articles 2229 du Code civil, et 23 du Code de proc.; elles doit donc être annale, continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire. Or c'est précisement eu égard à ces qualités, d'où dépendent la possession et la prescriptibilité des servitudes, que dans l'ancien droit français et dans notre droit les servitudes sont divisées en servitudes continues et apparentes, et servitudes auxquelles manque l'une ou l'autre de ces qualités, c'est-à-dire servitudes non apparentes et servitudes discontinues.

Quant aux servitudes apparentes et continues, qui aux termes des art. 688 et 689 s'annoncent par des ouvrages extérieurs, et n'ont pas besoin du fait de l'homme pour être exercées, car leur exercice résulte de la disposition même des lieux, et des ouvrages apparents qui subsistent, ces servitudes réunissent elles-mêmes tous les caractères voulus par l'art. 2229. Le possesseur annal d'une fenêtre, d'un aqueduc, d'un égout, en un mot d'une servitude à la fois continue et apparente, peut donc se pourvoir au possessoire lorsqu'il a été troublé dans cette quasi-possession.

Quant aux servitudes non apparentes, c'est-à-dire qui ne s'annoncent par aucun ouvrage extérieur, il est évident qu'en supposant que l'exercice en soit possible, c'est-à-dire qu'il ne s'agisse pas d'une servitude qui soit en même temps négative, comme par exemple de ne pas élever les bâtiments, cet exercice ne saurait en aucun cas présenter les conditions voulues par l'article 2229, car la possession manquerait en tout cas de publicité.

Enfin, quant aux servitudes discontinues, qui exigent, pour être exercées, le fait de l'homme, telles que les servitudes de puisage, de pacage, le défaut de continuité rend la possession de telles servitudes équivoque et précaire; car, d'un côté, on ne sait pas si le propriétaire du fonds a consenti à ce que la servitude fût exercée comme un droit, ou comme un acte de simple tolérance, et d'un autre côté on ne sait pas non plus si celui qui l'exerce entend s'arroger un droit, imposer une nécessité juridique au propriétaire du fonds sur lequel il l'exerce, ou user seulement d'un droit de familiarité. Le législateur en déclarant les servitudes discontinues non-susceptibles de possession, a voulu rassurer contre la prescription les voisins disposés à se rendre des services, afin que le danger de voir se convertir en nécessité ce qui n'est que tolérance, ne les détournât point de ces bons offices de voisinage.

Toutefois, comme l'exercice d'une servitude discontinue, quoiqu'à la fois précaire et équivoque, ne manque pas de publicité, et que la discontinuité, la précarité et l'équivoque qui s'y rattachent, ne sont des vices que par le motif qu'ils laissent du doute et sur l'intention de celui qui l'exerce, et sur celle du propriétaire qui souffre cet exercice, il s'ensuit que le vice de cette possession peut être couvert par la production d'un titre obtenu du propriétaire ou du possesseur du fonds sur lequel une servitude discontinue est exercée. C'est par ce motif que l'ancienne jurisprudence comme la jurisprudence moderne accordent la possession et les actions possessoires à celui qui pendant une année a exercé pareille servitude, alors qu'il produit un titre à l'appui de cet exercice (1).

(1) Comp. Pothier, *Possession*, n° 90, et *Procéd. civile*, chap. III, § 2; — Duranton, V, n° 638; — Toullier, III, n° 715; — Pardessus, n° 324; — Carou, n° 310.

Remarquons-le bien : le titre n'est pas produit pour établir le droit de servitude. A cet effet, le juge de paix ne saurait l'apprécier; il n'est produit par la partie et apprécié par le juge, que pour faire disparaître les vices dont l'exercice d'une servitude discontinue est affectée par sa nature. Le titre ne doit donc servir qu'à colorer la possession; et pour qu'il puisse avoir cet effet, il faut qu'il soit émané du propriétaire ou du possesseur réputé tel; ce n'est qu'à cette condition, que celui qui exerce la servitude peut se considérer comme *dominus servitutis,* et qu'il est constant que le propriétaire souffre l'exercice, non pas *jure familiaritatis* ou à titre de bon voisinage, mais en vertu d'une nécessité juridique, ce n'est qu'à cette condition qu'il n'y a plus ni équivoque ni précarité. Si le titre émanait d'un tiers ou d'un fermier, il ne saurait avoir aucun effet. Du reste, la question de savoir si le titre produit est suffisant pour colorer, pour masquer les défauts de l'équivoque et de la précarité, est dans tous les cas soumis à l'arbitrage du juge.

Le titre émané du propriétaire ou de celui qui est réputé tel, s'il est joint à l'exercice de la servitude discontinue pendant une année, peut donc faire admettre l'action possessoire. Mais quand il s'agit d'une servitude non apparente et négative, le titre n'y saurait rien faire. Dans ces servitudes, il n'y a pas même d'exercice matériel; le titre ne saurait donc servir à colorer la quasi-possession, il ne saurait par conséquent être produit que pour établir le droit, et dans ce cas le juge de paix serait incompétent. Donc il n'y a ni possession, ni actions possessoires de ces servitudes.

95. Après avoir vu quand et à quelles conditions les servitudes personnelles ou réelles peuvent être l'objet d'actions possessoires, nous avons à examiner la même question par rapport aux droits d'usage établis dans les forêts au profit des communes, ainsi qu'aux droits de parcours et de vaine pâture.

La question de savoir si ces droits peuvent être l'objet d'une possession, c'est-à-dire si une action possessoire peut être basée sur l'exercice de ces droits, a été fortement controversée, quoique maintenant la jurisprudence incline généralement vers la négative. Parmi les jurisconsultes, les uns les considérant comme des servitudes personnelles, ont admis les actions possessoires comme en

matière d'usufruit et de droit d'usage (1); les autres ayant vu dans ces droits des servitudes réelles, mais des servitudes discontinues, n'ont admis l'action possessoire que lorsque l'exercice de la servitude était coloré par un titre (2).

La question est donc au fond de savoir si ces droits constituent des servitudes personnelles ou des servitudes réelles.

Le droit d'usage dans les forêts est le droit qu'ont les habitants d'une commune, soit de laisser paître dans la forêt leurs bestiaux, soit d'y prendre le bois mort (3) et le mort bois (4), soit de se faire délivrer du bois de chauffage ou de construction, soit de cumuler les uns et les autres de ces droits. Remarquons qu'ils n'ont ce droit qu'à la condition qu'ils habitent la commune et qu'ils en soient membres; dès qu'ils la quittent, leur droit est perdu. Cette considération seule fait voir qu'il ne saurait être question ici de servitudes personnelles; car ce n'est pas au profit des personnes individuellement ni même au profit de la commune comme personne morale, c'est au pofit du territoire de la commune que le droit existe. Aussi loin que s'étend le territoire, les communaux qui l'habitent ont ce droit. Les droits d'usage auxquels prétendraient des habitants d'une commune comme tels, constitueraient donc des servitudes réelles discontinues, des servitudes qui ne peuvent s'établir que par titre, des droits dont l'exercice ne pourrait faire naître une action possessoire que s'il s'appuyait sur un titre (5).

Du reste l'art. 688 est formel pour le droit de pacage; il le range parmi les servitudes discontinues qui ne peuvent s'établir par prescription à cause du vice inhérent à la possession, et qui par conséquent, sans un titre qui en colore l'exercice, ne peuvent, être l'objet de l'action possessoire.

Quant aux droits de parcours et de vaine pâture, droits qui ont existé autrefois dans certaines communes (vaine pâture), ou entre

(1) Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, n° 3538. — Carré, *Organ. et Comp.*, II, p 316; — Troplong, *Comm. de la Prescription*, I, n° 394.

(2) Merlin, *Quest. de droit*, v° *Droits d'usage;* — Henrion de Pansey, ch. 44, § 8; — Carou, n° 241.

(3) *Bois séché sur pied*

(4) *Bois de peu de valeur, ne pouvant servir aux constructions.*

(5) Comp. Carou, n°s 249 et 250.

certaines communes (parcours), et que la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 a maintenus dans les communes où il était établi par les usages, il est évident, par ce qui précède, que ces droits sont également des servitudes réelles discontinues. Il s'ensuit qu'ils ne sont pas susceptibles de possession légale, ni de prescription acquisitive. Donc j'invoquerais vainement la possession annale pour empêcher un de mes voisins d'user du droit qu'a tout propriétaire de se clore et de se soustraire à la vaine pâture. Je ne pourrais pas par la clôture me prétendre lésé dans l'exercice d'un droit que la loi ne protège que lorsqu'il est fondé sur un titre, et dont l'exercice, pour donner lieu à l'action possessoire, doit par conséquent être coloré par un titre. Toutefois, si dans une commune où le droit de vaine pature était autorisé avant la loi du 28 sept.-6 oct. 1791, un voisin sans se clore voulait m'empêcher d'exercer le droit de vaine pâture, je pourrais intenter la complainte comme étant troublé dans la possession de mon fonds, qui me donne le droit de jouir de la vaine pâture sur toutes les terres qui n'y sont pas soustraites par la clôture.

Les droits d'usage au profit des communes, les droits de parcours et de vaine pâture sont donc de véritables servitudes discontinues, et en suivent toutes les règles quant à la possession et quant à la prescriptibilité.

96. L'exercice des droits de gage et d'antichrèse, consistant dans la vente de l'objet engagé, éteint le droit même. Par conséquent, d'après ce que nous avons dit au n° 91, il ne saurait être question ici d'une *juris possessio*. Il en est de même de l'hypotèque qui sous notre législation est un droit distinct du gage et de l'antichrèse, à tel point qu'un meuble ne saurait être l'objet d'une hypothèque (1).

Mais le créancier qui est nanti du gage ou qui a reçu un immeuble en antichrèse, n'a-t-il pas au moins une *corporis possessio*, comme le *creditor pignoratitius* en droit romain?

Pour le créancier nanti du gage, la *corporis possessio* est impossible, parce que le gage n'a pour objet que des meubles, et que ceux-ci, comme il a été démontré ci-dessus, ne sont pas sus-

(1) Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, dit l'art. 2119.

ceptibles de possession, en ce sens qu'en fait de meubles la possession ne saurait être séparée de la propriété, excepté aux cas de vol ou de perte.

Et quant au créancier qui a reçu un immeuble en antichrèse, sa possession serait bien possible, mais notre droit ne l'a pas admise. En effet, nous avons vu que la possession du créancier gagiste repose sur des motifs entièrement historiques; la possession dans le principe était la seule garantie que pût avoir le créancier alors que le débiteur, par la *mancipatio sub fiducia,* n'avait pas voulu se dépouiller de la propriété. Si l'ancien droit romain avait connu l'hypothèque proprement dite, il est extrêmement probable qu'on n'aurait pas songé à accorder au créancier gagiste les actions possessoires.

Les mêmes circonstances n'ont pas existé chez nous, l'hypothèque ayant dans l'ancienne législation formé un droit distinct de l'antichrèse. L'antichrésiste est resté dans la classe des détenteurs au nom d'autrui, des possesseurs précaires auxquels les actions possessoires sont refusées. L'antichrésiste n'a comme tel d'autres droits que celui de jouir des fruits, à la charge de les imputer sur les intérêts, et celui de poursuivre l'expropriation, à moins qu'il ne soit d'ailleurs en même temps créancier hypothécaire ou gagiste.

Remarquons que chez nous il n'y a pas de *precarium,* le Code et nos mœurs l'ignorent; de sorte que dans notre droit il n'existe pas de possession dérivée, excepté peut-être celle du séquestre (1).

97. Les droits d'emphytéose et de superficie sont-ils susceptibles de possession ou de quasi-possession?

Le Code civil ne contient aucune disposition concernant la nature et les effets de ces droits, mais cette lacune a été remplie chez nous par la loi belge-hollandaise du 10 janvier 1824, devenue obligatoire à partir du 1er janvier suivant. Cette loi qui limite le terme de ces droits à 99 ans pour l'emphytéose, et à 50 pour la superficie, en détermine également les caractères, en les déclarant droits réels et susceptibles d'hypothèques. Ces caractères avaient été contestés, car quelques auteurs à cause du silence du Code

(1) V. art. 2085, 2088, 2091 du Code civ.; — Carou, *Act. poss.*, nos 237-238.

n'avaient voulu y voir qu'un bail à longues années : tandis que d'autres, tout en accordant qu'on pût, malgré le silence du Code, créer encore des emphytéoses comme droits réels, avec les effets y attachés anciennement, sauf la faculté de racheter celles constituées à perpétuité, ont cependant pensé qu'ils ne pouvaient être l'objet d'une hypothèque, parce que l'article 2118 ne les énumérait pas parmi les droits immeubles susceptibles d'être hypothéqués.

Ces doutes ont été levés par les articles 1 et 6 de la loi sur l'emphytéose, et par l'art. 1 de la loi sur la superficie. Mais ces lois ne nous apprennent rien sur la question de savoir si l'emphytéose et la superficie sont susceptibles ou non de possession, et il nous faut sur ce point recourir à la doctrine et à la jurisprudence.

L'emphytéote et le superficiaire sont réputés *juris possessores;* ils ont donc les actions possessoires comme en droit romain, mais ils ne les ont plus au même titre. En droit romain la possession de l'emphytéote est une *corporis possessio,* qui a son origine dans la possession de l'*ager publicus* et de l'*ager provincialis;* et quant au superficiaire, il a reçu du préteur une possession qui n'est à la rigueur ni une *juris possessio,* parce que le superficiaire n'exerce pas son droit comme distinct et détaché de la propriété, mais plutôt comme droit de propriété exercé au nom du propriétaire, ni une *corporis possessio,* parce que le propriétaire du sol possède le sol et par conséquent aussi la superficie, que celle-ci n'est donc possédée par le superficiaire qu'au nom du propriétaire. C'est par ces motifs que nous avons considéré cette possession comme une *utilis possessio* (1).

Dans notre droit et dans l'ancien droit français on considère l'emphytéote et le superficiaire comme *juris possessores,* comme ayant un droit de jouissance, un élément détaché de propriété plus étendu que l'usufruit, et comme devant par conséquent *a fortiori* jouir des actions possessoires. Un arrêt de la Cour de cassation de France du 26 juin 1822, fonde la quasi-possession de l'emphytéote sur la division en domaine direct et en domaine utile, et la doctrine de cet arrêt est généralement consacrée par l'autorité des jurisconsultes qui ont écrit sous l'empire du Code.

(1) Voir plus haut nos 20 et 21.

Sommaire.

98. Des actions possessoires : complainte, réintégrande, dénonciation de nouvel œuvre. — *Fundamentum agendi proximum; fundamentum agendi remotum.*

99. *a*. La possession doit être annale, mais il y a lieu à accession.

100. A quelles conditions se fait cette accession?

101. La possession doit-elle être annale alors même que le possesseur actuel est troublé par celui qui ne peut invoquer aucun droit de possession sur la chose?

102. *b*. La possession doit être paisible. — Qu'entend-on par violence? — La violence peut-elle être couverte, est-elle un vice absolu ou relatif.

103. *c*. La possession doit être non clandestine, ou publique. Pour qu'elle le soit, il n'est pas nécessaire qu'elle soit connue de l'ancien possesseur, mais les actes de possession doivent être de telle nature qu'il ait pu les connaître. Circonstances qui impliquent clandestinité. — La possession publique devenue clandestine, cesse d'être bonne. — La possession clandestine devenue publique, devient bonne.

104. *d*. La possession doit être *non-précaire*. — Différence entre la signification de ce mot en droit romain et sa signification en droit moderne. — L'usufruitier, l'emphytéote et le superficiaire sont possesseurs à la fois précaires et non-précaires, précaires quant à la chose, non-précaires quant à leur droit. Ils ne peuvent donc pas acquérir la chose par prescription, mais ils sont protégés par les actions possessoires dans l'exercice de leurs droits.

105. *e*. La possession doit être continue et non interrompue. — Ce qu'il faut entendre par continuité de la possession. Il ne faut pas confondre la continuité de la possession annale, avec la conservation d'une possession acquise.

106. La possession interrompue est nécessairement aussi discontinue, mais la possession peut être discontinue sans avoir été interrompue. — Différences entre la discontinuité et l'interruption. — Celle-ci peut être civile ou naturelle.

107. *f*. La possession doit être non équivoque. — Ce qu'il faut entendre par là. — Qui doit prouver que la possession invoquée réunit ou ne réunit pas les qualités requises par la loi?

108. Des diverses espèces d'actions possessoires énumérées à l'art. 9 de la loi du 25 mars 1841. — Nécessité de recourir à l'ancien droit pour déterminer ce qui distingue les différentes actions possessoires.

109. Combien d'espèces d'infractions au droit de propriété on y distinguait. — Jurisprudence du XIV° siècle. *Remedium spolii* pour le cas de violence; action de *recuperanda possessione* pour le cas de dessaisine, action de *retinenda possessione* ou complainte pour le cas de trouble ou de nouvelleté.

110. Réforme introduite par Simon de Bucy au XIV° siècle : le cas de dessaisine envisagé comme simple trouble, et l'action de *recuperanda possessione* confondue avec la complainte.

111. Après cette fusion, l'action en réintégrande a-t-elle cessé de subsister comme action *sui generis?* — Examen de la question sous l'ancien droit.

112. Sous le Code civil et le Code de procédure civile.

113. Sous l'empire de la loi du 25 mars 1841.

114. Des faits qui donnent lieu à la complainte et à la réintégrande. — Du trouble de fait et du trouble civil.

115. De la dénonciation de nouvel œuvre. — A-t-elle conservé certains caractères et effets spéciaux? — Nécessité de remonter à l'ancien droit.

116. Ce qu'était la dénonciation de nouvel œuvre à Rome. — Ses causes, ses effets. — Elle ne pouvait se ranger parmi les actions possessoires.

117. Par quelle méprise la dénonciation de nouvel œuvre devint une action possessoire dans l'ancien droit français.

118. Controverse qui a surgi sur la nature et les effets de la dénonciation de nouvel œuvre en droit moderne. — Système de Carré.

119. Suite. — Système de Henrion de Pansey; — de Dalloz. — Jurisprudence de la Cour de cassation de France.

120. Position des questions à examiner par rapport à la dénonciation de nouvel œuvre.

121. Comment faut-il définir la dénonciation de nouvel œuvre dans notre droit moderne, et quand peut-elle être intentée? — Diffère-t-elle de la complainte, et quels sont ses effets?

122. Suite.

123. Des personnes qui peuvent intenter les actions possessoires. — Capacité résultant de la nature du droit. Renvoi.

124. Capacité personnelle. — Les actions possessoires ne constituent que des actes d'administration.

125. Conséquences qui en résultent : *a.* à l'égard des mineurs et interdits, *b.* à l'égard de la femme mariée, *c.* à l'égard des absents.

126. Des personnes contre qui les actions possessoires peuvent être intentées. — En droit français, ces actions s'intentent non seulement contre les héritiers, mais aussi contre les tiers possesseurs. — En cas de violence, le possesseur qui a possédé un an, a deux actions, la complainte et la réintégrande, la première réelle, la seconde personnelle.

127. Rapports entre le possessoire et le pétitoire. — Le possessoire et le pétitoire ne sont jamais cumulés, c'est-à-dire 1° que le juge du possessoire ne peut connaître du fond du droit, ni le juge ordinaire de la question de possession; et 2° que la question de propriété ne peut pas être jugée, même devant le juge compétent, aussi longtemps qu'il y a contestation sur la possession. — Conséquences et applications.

---

98. On distingue trois espèces d'actions possessoires, la complainte, la réintégrande et la dénonciation de nouvel œuvre.

Ces actions, comme nous le verrons plus loin, diffèrent quant à leur objet et quant au fait qui leur donne naissance (*fundamentum agendi proximum*); mais quant aux conditions concernant les qualités de la possession (*fundamentum agendi remotum*), elles sont soumises en général à des règles communes. C'est de ces conditions générales que nous avons à nous occuper d'abord; ensuite nous reviendrons sur chaque action en particulier.

99. Pour qu'on pût intenter les actions possessoires en général, soit l'interdit *uti possidetis*, soit l'interdit *unde vi*, le droit romain ne requérait que la possession actuelle, c'est-à-dire la possession au moment de la contestation, au moment où le procès était intenté, ou au moment de la *dejectio*, ce par une conséquence du principe *unusquisque possessor eo solo quod possidet plus juris habet quam ille qui non possidet*. D'après cela l'action possessoire était admise, peu importe que la possession fût vicieuse ou non, qu'elle fût obtenue *clam, vi, precario*, ou qu'elle fût exempte de ce vice, pourvu qu'elle ne fût pas vicieuse à l'égard de l'adversaire (1).

Dans notre droit, sauf ce qui sera dit plus loin de la maxime *spoliatus ante omnia restituendus*, la possession, pour donner lieu aux actions possessoires, doit être exempte des vices de clandestinité, de précarité, de violence, et elle doit avant tout être annale, c'est-à-dire avoir duré au moins un an.

Pour apprécier cette condition de l'annalité, il est nécessaire d'éclairer son origine. Selon Henrion de Pansey, l'origine de la possession annale remonterait à une disposition de la loi salique,

(1) V. plus haut, n° 73.

en vertu de laquelle l'étranger qui s'était établi sur une terre commune faisant partie de ce qu'on appelait alors une *villa*, était considéré comme habitant, si aucun des anciens habitants n'avait demandé son expulsion pendant l'année (1). D'autres ont fait observer que le passage de la loi salique se rapporte à la propriété et non à la possession (2); dès lors, abandonnant cette explication, on a cru trouver l'origine cherchée, dans le droit féodal, dans la formalité de l'investiture ou de la saisine qui se donnait devant le seigneur ou devant ses justiciers ou baillis, avec la promesse de foi et d'hommage. Chaque fois que le possesseur d'un fief voulait le transmettre, la formalité de la saisine et dessaisine, qu'on appelle aussi *vest* et *dévest*, était indispensable dans le principe, et à son défaut la transmission était nulle. Mais il arriva quelquefois que cette formalité fût différée, et de là on en vint à admettre que la possession annale, qui avait eu lieu de la connaissance du seigneur, valait saisine. Plus tard, cette possession annale, qui paraît avoir joué un grand rôle dans le droit germanique, puisque la loi salique y avait déjà attribué la propriété, s'est étendue avec les mêmes effets aux francs alleux, aux biens non féodaux; et plus tard encore, vers la fin du XIIe siècle, comme le mouvement causé par les Croisades faisait sentir les inconvénients de cette prescription trop courte, et que le droit romain commençait à se répandre en France (3), on appliqua à la possession annale les effets de l'interdit *uti possidetis;* on sépara donc la possession de la propriété, et si le propriétaire devait succomber quant à la possession, alors que pendant une année il était dessaisi, il pouvait cependant prouver sa propriété et encore triompher; mais jusqu'à cette épreuve le possesseur annal était présumé propriétaire.

Quoi qu'il en soit de cette origine, et soit qu'on la fasse remonter à la loi salique, soit qu'on la rattache seulement aux institutions féodales, toujours est-il que la possession annale est une véritable

(1) *Lex salica*, cap. XLVII.

(2) Troplong, *Traité de la Prescription*, n° 299; — Belime, *Traité de la Possession*, p. 216, n° 208.

(3) Placentin enseignait à Montpellier, en 1195; Accurse à Toulouse, quelques années plus tard. — V. Savigny, *Hist. du Droit romain*, III, p. 65.

prescription, qui ôte le droit de possession à l'un en le faisant acquérir à l'autre; et cette considération est fondamentale, car elle nous fera comprendre aisément tous les autres caractères de cette possession.

Par l'introduction de la possession annale les droits de la possession se trouvent donc échelonnés sur trois degrés différents :

1° Celui qui a eu une possession annale a plus de droit s'il agit dans l'année du trouble, que celui qui possède.

2° Celui qui appuie sa possession sur un juste titre, eût-il cessé de posséder depuis un an, a plus de droit que celui qui a la possession seulement annale.

3° Celui qui a acquis la chose du propriétaire, ou celui qui appuie sur un juste titre et sur la bonne foi une possession de dix ans, a le meilleur droit de possession; il est propriétaire et peut revendiquer la chose, même du possesseur qui a bonne foi et juste titre, ce dernier eût-il possédé plusieurs années, sans avoir possédé toutefois assez longtemps pour avoir acquis la propriété lui-même.

La possession doit être annale, dit l'art. 23 du Code de proc.; cela veut dire qu'elle doit avoir duré an et jour, comme le disaient les anciennes coutumes, car le *dies a quo* n'est pas compris dans ce terme. Mais pour établir la possession annale, le possesseur peut se prévaloir de la possession de son auteur (1); et ici le mot *auteur* signifie toute personne dont le possesseur tient sa possession, soit à titre universel, soit à un titre particulier quelconque, pourvu que ce titre révèle l'intention de transférer la possession et non la simple détention.

100. Toutefois, pour qu'il y ait lieu à cette accession, à cette jonction des deux possessions, plusieurs conditions sont requises, qui varient suivant qu'on tient la possession de l'auteur, à titre universel ou à titre particulier.

Lorsqu'on la tient à titre universel, à titre d'héritier, à titre de légataire universel, en un mot lorsqu'on représente l'auteur, lorsque civilement on continue sa personne, il y a plutôt continuation

(1) Art. 23 du Code de procédure et art. 2235 du Code civil.

de la possession que jonction de deux possessions distinctes. Cela ne veut pas dire cependant que le successeur universel possède sans prise de possession; l'héritier, et le légataire universel à défaut d'héritier réservataire, ont bien la saisine héréditaire, qui est une possession fictive; mais pour qu'ils possèdent afin de prescrire, afin d'agir au possessoire, il leur faut la saisine réelle. Toutefois cette saisine réelle dans leurs mains ne peut différer de celle de leur auteur, d'où il suit que leur possession est non vicieuse, lorsqu'elle a été telle dans la personne de l'auteur. En ce cas le successeur joindra au temps de sa possession, le temps qu'a duré celle de son auteur. Il pourra même compter le temps pendant lequel la succession a été vacante, car on admet que la succession vacante représente également le défunt (1).

Si au contraire la possession de l'auteur dont on représente la personne, a été vicieuse, non seulement cette possession ne pourra être comptée, mais la possession de l'héritier restera entachée des mêmes vices; par exemple, si la possession de l'auteur a été équivoque ou précaire, celle de l'héritier, celle du successeur universel le sera aussi, celui-ci ne pouvant avoir d'autre possession que celle de son auteur.

Il en est autrement lorsqu'on a succédé à l'auteur à titre particulier, soit entre vifs soit pour cause de mort, car dès ce moment les deux possessions sont, quant à leur qualité, indépendantes l'une de l'autre, et pour que leur jonction puisse avoir lieu, il faut qu'elles soient non vicieuses l'une et l'autre; mais si la possession de l'auteur est vicieuse, rien n'empêche le successeur à titre particulier de se prévaloir au moins de sa propre possession non vicieuse

Enfin, pour que ces deux possessions puissent se joindre, il faut encore qu'elles n'aient pas été interrompues par une possession vicieuse, et qu'elles procèdent l'une de l'autre, qu'elles se rattachent l'une à l'autre par un lien de droit. Si A avait occupé par violence un bien, qu'ensuite il l'eût délaissé, et que B fût venu l'occuper, B ne pourrait pas se prévaloir de la possession de A; il ne pourrait

(1) Troplong, *De la prescr.*, nos 265, 266 et 429.

invoquer que sa propre possession, si elle réunit les caractères voulus par l'art. 2229 du Code civil, caractères parmi lesquels ne figure pas la bonne foi, qui n'est pas requise pour les actions possessoires.

Il faut donc, pour que l'accession ait lieu, trois conditions :

1° Que les deux possessions soient non vicieuses;

2° Qu'elles se lient immédiatement sans qu'elles soient séparées par une possession vicieuse;

3° Qu'elles soient liées par un *negotium juris* intervenu entre l'auteur et le successeur.

101. Nous ne pouvons terminer ce qui concerne l'annalité de la possession, sans faire mention d'une grave controverse qui existe sur la question de savoir si l'annalité est requise lorsque le possesseur se trouve devant un adversaire qui lui-même n'a aucun droit de possession sur la chose. Un bien est vacant, j'en prends possession, je le possède depuis trois mois, j'ai labouré et ensemencé les champs, on me trouble dans cette possession : il est évident que si l'auteur du trouble est possesseur annal, je ne pourrai être maintenu à son égard; mais s'il n'a jamais possédé, n'aurai-je pas d'action contre lui? Plusieurs jurisconsultes appliquant la maxime du droit romain que tout possesseur, par cela seul qu'il possède, a plus de droit que celui qui le trouble, accordent dans ce cas l'action possessoire; ils admettent par conséquent que la possession n'a pas besoin d'être annale lorsqu'on est troublé par celui qui n'est pas lui-même possesseur annal et qui n'a aucun droit de possession sur la chose. Telle est l'opinion de Carré, dans son *Droit français dans ses rapports avec les justices de paix.*

Mais, au point de vue de la loi, on a objecté avec raison que l'art. 23 exige trop explicitement la possession annale, pour que cette doctrine puisse être admise. Toutefois, nous pensons avec Garnier, que le législateur a eu tort de repousser la distinction de Carré et qui était consacrée par l'ordonnance de 1667 (1). Une possession actuelle, dit Garnier (2), est toujours respectable : nul ne

(1) MERLIN, *Quest. de Droit*, verbo *Complainte*, § 2.

(2) *Traité des actions possessoires*, p. 36 (éd. belge).

peut l'entraver, ni en dépouiller celui qui l'a, à moins qu'il n'ait lui-même une possession plus ancienne, qui n'ait pas été interrompue pendant un an. Et le même auteur remarque ensuite que l'art. 23 du Code de procédure n'est pas en harmonie sur ce point avec l'art. 2230 du Code civil, d'après lequel on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire; car que devient la prescription de cet article si un étranger même peut impunément troubler le possesseur?

D'un autre côté, les inconvénients de ce système sont atténués si on doit admettre, comme nous croyons pouvoir l'établir, que la maxime *spoliatus ante omnia restituendus* est encore applicable.

102. La possession doit être paisible, ce qui signifie : 1° qu'elle doit avoir été acquise sans violence; 2° qu'en supposant même qu'elle n'ait pas été violente dans son principe, elle doit pendant l'année où elle s'acquiert ne pas avoir été troublée par des violences réitérées. — Revenons sur chacune de ces conditions :

Elle doit avoir été acquise sans violence. Que faut-il entendre ici par violence; et vis-à-vis de qui la possession doit-elle en être exempte?

Par violence il faut entendre non seulement les voies de fait, mais aussi la violence morale. La violence n'est pas ici, comme elle l'était en droit romain, un *vitium rei,* un vice inhérent à la chose même, qui la soustrayait à l'usucapion aussi longtemps qu'il n'était purgé, aussi longtemps que la chose n'était pas retournée au pouvoir du *dejectus;* la violence, dans le système du Code, empêche bien qu'il n'y ait possession légale, mais aux termes de l'art. 2233 du Code civil dès que la violence cesse, la possession devient légale, si d'ailleurs elle réunit les caractères voulus par l'art. 2229 : « La possession utile, dit l'art. 2233, ne commence que lorsque la violence a cessé. » La violence comprend donc essentiellement la violence morale, les menaces graves et sérieuses qui auraient été employées vis-à-vis du légitime possesseur; c'est même la seule qui soit susceptible d'être continue et de cesser, car la violence physique n'est qu'un fait passager.

La loi n'ayant pas du reste défini la violence, le juge du possessoire décide si les faits allégués sont assez graves pour la

constituer. Mais dans tous les cas, il faut dans cette appréciation se garder de confondre la violence qui entache le titre de l'acquisition, avec celle qui entache la possession même. Le titre, le contrat translatif de propriété peut être entaché de violence sans que la possession le soit : ce titre est alors rescindable, et la possession ne serait pas moins protégée par l'action possessoire, si exempte de violence elle a duré une année, réunissant les autres caractères voulus par la loi.

Quant à la question de savoir vis-à-vis de qui la possession doit être exempte de violence, nous remarquerons que la violence n'est pas un vice absolu, et qu'il suffit que la possession en soit exempte vis-à-vis de l'adversaire. Si le défendeur lui-même n'a pas subi de violence, il ne pourra pas exciper du fait qui concerne un tiers. On suit ici les principes du droit romain (1).

Mais il ne suffit pas que la possession ait été acquise sans violence physique ou morale, il faut que pendant l'année de l'acquisition le possesseur n'ait pas été inquiété par des violences ou des troubles réitérés. C'est ce que nous montrerons ultérieurement lorsque nous dirons ce qu'il faut entendre par possession non interrompue.

103. Le troisième caractère que doit avoir la possession pour qu'elle donne lieu aux actions possessoires, est qu'elle soit publique.

En droit romain, pour qu'on fût maintenu et protégé dans sa possession, il fallait que celle-ci ne fût pas clandestine; de plus, ce droit n'admettait pas l'usucapion, c'est-à-dire l'acquisition par la prescription ordinaire, des choses furtives, pas même lorsqu'elles se trouvaient entre les mains d'un possesseur ayant bonne foi et juste titre; et Justinien étendit les dispositions de la loi Julia et Plautia, qui n'avaient excepté de la prescription ordinaire que les *res vi possessae,* à toute aliénation d'immeuble faite frauduleusement et à l'insu du propriétaire. En droit romain donc, lorsque le dépositaire vendait le dépôt, la chose ne pouvait être usucapée parce qu'elle était furtive; et il en était de même lorsque le fer-

(1) Troplong, *Prescription,* n° 370.

mier vendait le champ affermé, *inscio domino,* en vertu de la novelle 119, qui considérait cette aliénation comme furtive et assimilait les immeubles aux choses mobilières.

Le droit moderne n'est pas allé aussi loin que la législation de Justinien. D'abord, quant à la prescription de la propriété, l'art. 2239 a dérogé à la novelle 119, en admettant la prescription dans la personne de ceux qui ont de bonne foi acheté la chose du fermier, du dépositaire ou de quelque autre détenteur précaire. D'autre part, lorsque l'art. 2229 requiert que la possession soit publique, cela ne signifie pas que cette possession doive être connue du propriétaire; il suffit qu'elle soit telle que le propriétaire ait pu la connaître, s'il l'a voulu, s'il n'a pas été plus insouciant que le commun des hommes.

Pour expliquer le caractère de publicité requis par l'art. 2229, presque tous les auteurs citent l'art. 170 de la coutume de Melun, qui en renferme effectivement une définition claire et précise, dans ces termes : « Quand aucun a joui *au vu et au çu de tous ceux qui l'ont voulu voir et savoir.* » La loi ne requiert donc pas que la personne contre laquelle on invoque la possession annale ait eu connaissance des actes possessoires, il suffit qu'elle ait pu les connaître, que ces actes aient été posés par le possesseur franchement et publiquement.

Cependant ces actes constitueraient également une possession valable si du reste, quoique non-publics, ils avaient été connus du propriétaire, car la publicité requise par la loi n'a pour objet que d'établir la présomption que les actes ont été connus de lui; par conséquent la certitude de ce fait doit valoir au moins la présomption (1). Les actes possessoires sont réputés publics ou clandestins, beaucoup moins à raison du nombre des témoins qu'ils ont eus, qu'à raison de la facilité avec laquelle chacun peut les voir et peut y assister. Ainsi des actes possessoires posés la nuit, sont toujours clandestins, et il en est de même des ouvrages faits sous terre, à moins qu'on ne prouve que le propriétaire les ait connus. « Fouillement en terre et grattement, disait la coutume

(1) V. Troplong, *Prescription,* I, n° 370.

d'Orléans à l'art. 253, n'attribuent, par quelque laps de temps que ce soit, droit de possession à celui qui aura fait ladite entreprise. » Ainsi, disait Pothier (1), si quelqu'un, pour agrandir ses caves, a creusé sous la maison de son voisin, sans que celui-ci s'en soit aperçu, et qu'ensuite il ait vendu la maison telle qu'elle se compose, quoique l'acquéreur ait possédé de bonne foi la cave usurpée, il n'aura pas pu la prescrire, parce que sa possession n'a pas été publique. Une telle possession ne saurait donc non plus donner lieu à une action possessoire.

Il faut aussi mettre au nombre des possessions clandestines celle qui résulterait d'une anticipation peu considérable qui aurait été faite sur le champ du voisin, insensiblement, année par année, au cas où on n'y aurait pas placé de bornes; car à défaut de bornes ou de marques de séparation, de pareilles anticipations, si elles sont peu considérables et lentes, ne peuvent guère être remarquées. Donc en pareil cas, quelque longue qu'eût été la possession, il faudrait s'en rapporter aux titres; et par conséquent l'action possessoire ne serait pas recevable; car on ne saurait se prévaloir contre le propriétaire d'une possession ou d'un état de choses contre lequel il lui a été impossible de se prémunir (2).

Si nous rapprochons l'un de l'autre les deux caractères que nous venons d'expliquer, il en résultera que la loi en exigeant que la possession soit paisible et publique, c'est-à-dire qu'on ne possède *nec vi, nec clam,* veut en d'autres termes que la possession ne soit acquise ni contre le gré du propriétaire, ni de manière à ce qu'il ne puisse pas savoir qu'un autre possède son bien et qu'il ne puisse le revendiquer. De là nous conclurons que si la possession, de publique qu'elle était auparavant, était devenue clandestine, elle serait par là même vicieuse et interrompue dès ce moment. Mais par contre aussi, si de clandestine elle est devenue publique, elle sera dès ce moment régulière. Il ne faut point ici se préoccuper de la L. 40, § 2, D. XLI, 2, car ce texte se rapporte à l'usuca-

(1) *Traité de la Prescription,* n° 37.

(2) Voyez Garnier, p. 70, Belime, n° 41, et surtout les excellentes observations de Troplong, sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 février 1821 (*De la Prescript.*, n°s 352 et 353).

pion qui requiert la bonne foi au commencement de la possession, d'où il suit qu'on devait arriver à des conséquences diamétralement opposées aux conditions que le Code requiert pour la prescription annale ou trentenaire.

104. La quatrième condition exigée pour que la possession donne lieu en droit français aux actions possessoires, est qu'elle soit non précaire.

Dans notre droit moderne et dans l'ancien droit français, le mot précaire a une signification bien plus large que celle qu'il avait en droit romain, car non seulement il signifie une concession révocable à volonté, mais il s'applique à toute concession qui n'est pas faite à titre de propriétaire, à toute concession dans laquelle les droits de propriété sont réservés au concédant. Delaporte dans ses *Pandectes françaises,* au mot *précaire,* explique fort bien cette différence, en disant : « Ce mot, dans sa signification originaire, indique tout ce dont on a obtenu la possession par prière et pour autant qu'il plaira au propriétaire. Nous appelons précaire tout titre qui exclut la propriété. » Puis au mot *posséder,* nous lisons encore : « On possède *précairement* quand on possède en vertu d'un titre qui exclut la propriété, comme le bail, le prêt, l'usufruit et autres titres de ce genre. »

D'après cette définition, ni le fermier, ni l'usufruitier, ni le mandataire, ni le tuteur, ni l'antichrésiste, ni l'emphytéote, ni le superficiaire ne sauraient être considérés comme ayant une possession non précaire, car ils ne possèdent pas la chose à titre de propriétaires. Toutefois, l'usufruitier a les actions possessoires comme *juris possessor,* comme saisi d'un droit qui est une partie du domaine, de même qu'il les avait en droit romain; et l'emphytéote et le superficiaire ont également les actions possessoires à titre de *juris possessores.* En droit romain au contraire, l'emphytéote avait exceptionnellement la *corporis possessio,* une possession dérivée comme l'appelle M. de Savigny, et le superficiaire une *utilis possessio.*

Il résulte de là que l'usufruitier, l'emphytéote et le superficiaire sont tout à la fois, en droit français, possesseurs précaires et possesseurs non précaires, — précaires à l'égard de la chose

même qu'ils détiennent au nom d'autrui; — non précaires en leur qualité de *juris possessores,* car ils exercent leur droit comme un droit distinct, comme une fraction de la propriéte qui constitue dans leur chef un *dominium juris.* Cette remarque nous laisse entrevoir le motif pour lequel l'art. 2229 dit que pour prescrire il faut une possession à titre de propriétaire, d'où il suit que ni l'usufruitier, ni l'emphytéote, ni le superficiaire ne peuvent acquérir la chose par prescription; tandis que l'art. 23 du Code de proc. porte que pour intenter les actions possessoires il faut une possession annale et à titre non précaire, d'où résulte que l'usufruitier, l'emphytéote, le superficaire sont recevables dans ces actions comme *juris possessores,* car comme tels ils ne sont pas possesseurs à titre précaire (1).

Par conséquent, par possession précaire il faut d'abord entendre toute possession d'une chose ou d'un droit qui n'est pas à titre de propriétaire. Mais cette définition même n'est pas encore assez large dans le système de notre droit moderne, car l'art. 2236 du Code civil, après avoir cité le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, comme ne pouvant prescrire, ajoute : *et tous ceux qui détiennent précairement la chose du propriétaire;* d'où il suit que la loi suppose qu'il puisse y avoir encore d'autres possesseurs précaires que ceux qui possèdent au nom d'autrui.

En effet, il y a possession précaire d'une chose lorsqu'on détient une chose qu'on ne peut pas légalement tenir en son propre nom, soit qu'étant hors du commerce elle soit destinée à l'usage de tous et de fait serve à cet usage, soit que par quelque autre motif la loi l'ait soustraite à la prescription, comme au cas de l'art. 558, en vertu duquel le propriétaire d'un lac ou d'un étang conserve *toujours* le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume d'eau vienne à diminuer.

Cette dernière observation touchant le sens du mot précaire, se trouve confirmée par un arrêt remarquable de la Cour de cassation de France, du 23 avril 1811, rapporté par Sirey (XI, 1, 312).

(1) Comp. FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire,* verbo *Complainte,* sect. I, § 3, n° 41.

Le propriétaire voisin d'un étang avait voulu se prévaloir de la possession annale des bords de l'étang pendant que les eaux étaient basses; mais son action en complainte fut déclarée non recevable, attendu que cette possession ne pouvait être que précaire, le propriétaire de l'étang conservant toujours son terrain, même pendant les basses eaux, en vertu de l'art. 558; et ce jugement fut confirmé en cassation par un arrêt de rejet, déclarant que le juge, en décidant que la possession invoquée était *précaire*, avait fait une juste application de la loi (1).

Par conséquent, par possession précaire nous entendons toute possession qui n'est ou qui, en vertu de la loi, ne saurait être une possession *animo domini*, ou à titre de propriétaire; et si néanmoins l'usufruitier, l'usager, l'emphythéote et le superficiaire sont des possesseurs non précaires quant au droit, précaires quant à la chose, c'est qu'ils exercent leur droit comme à eux appartenant, *suo nomine*, comme une fraction du droit de propriété, comme un *juris dominium*.

105. Les droits que la législation moderne attache à la possession annale, reposent sur une véritable prescription qu'invoque celui qui a possédé une année, contre le précédent possesseur; d'où il suit que la possession annale doit être continue et non interrompue. Toutefois, quand il s'agit de définir la continuité et la non interruption de la possession annale, il faut se garder d'y appliquer la définition que donne le Code de la continuité et de l'interruption naturelle, alors qu'il s'agit de la prescription plus longue de dix ou de trente ans, qui fait acquérir la propriété. Le possesseur actuel, dit l'art. 2234, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire. — Remarquons d'abord que cet article ne dit pas comment la possession s'acquiert, il dit seulement comment elle se conserve; il suppose donc la possession acquise en un temps donné, il suppose la preuve de ce fait fournie, et de plus la possession actuelle reconnue; et, en vertu de la maxime que personne n'est facilement réputé avoir renoncé à son

(1) Comp. Arrêt de la même Cour du 11 mai 1835 (Sirey, 36, I, p. 55).

droit, il admet, jusqu'à preuve du contraire, qu'il y a eu possession pendant le temps intermédiaire.

Cet article, comme on le voit, est relatif à la conservation de la possession; il ne saurait donc être appliqué lorsqu'il s'agit de son acquisition, lorsqu'il s'agit d'établir la possession annale; mais un principe différent doit à cet égard servir de point de départ.

Pour acquérir la possession annale, il faut posséder à titre non précaire, à titre de propriétaire; de là il suit que les actes de possession que l'on invoque doivent exprimer cet *animus*, doivent avoir été posés aussi avec la même liberté, avec la même indépendance, que s'ils avaient été posés par un propriétaire véritable, suivant la nature du bien et le mode de jouissance et d'exploitation dont il est susceptible. Ainsi, s'il s'agissait d'une terre de labour, pour pouvoir s'en prétendre possesseur il ne suffirait pas de l'avoir ensemencée, si un autre en avait perçu les fruits; il ne suffirait pas d'y avoir laissé paître ses bestiaux, après qu'un autre en eût récolté la moisson; il faudrait avoir posé, pendant l'espace d'un an, cette série de faits et d'actes possessoires qui sont ordinairement posés par le propriétaire. Ces faits n'ont pas besoin cependant d'être fréquents, ils n'exigent pas une continuité d'action; il suffit qu'on puisse y reconnaître l'*animus domini*, l'esprit du maître. Ainsi, quand il s'agit de prises d'eau dont on n'use que dans une saison ou une seule fois par an, ou quand il s'agit de bois qui s'exploitent à de rares intervalles, il est évident qu'un seul acte de possession, qu'une seule exploitation dans l'année, qui n'aurait pas été interrompue, suffirait pour établir la possession. Dans cette hypothèse il ne peut être question d'une possession aussi constante que lorsqu'il s'agit d'un terrain de labour, ou d'une vigne qui exige un entretien presque continuel.

106. La possession doit être non interrompue, avons-nous dit, et au premier abord il semblerait que la continuité dût se confondre avec la non-interruption, ce qui, sous un rapport, est vrai, car une possession ne saurait être continue lorsqu'elle a été interrompue; mais une possession peut être discontinue sans avoir été interrompue. La discontinuité diffère donc de l'interruption; elle en diffère en ce sens que la discontinuité a pour cause l'omission

de celui qui possède ou prétend posséder, tandis que l'interruption suppose un fait positif, soit le fait du possesseur, par exemple la reconnaissance qu'il ferait du droit du propriétaire, soit le fait d'un tiers, par exemple une dépossession, une citation en justice.

L'interruption est ou naturelle ou civile : elle est naturelle lorsqu'un tiers pose des actes de possession, lorsqu'il enlève, par exemple, la récolte ou qu'il entrave la jouissance par des actes réitérés.

Mais ici il importe de faire une observation : pour qu'un tel acte constitue une interruption de la possession, il faut que celle-ci n'ait pas déjà été acquise par la jouissance paisible, publique, non interrompue, non équivoque d'une année et à titre non précaire. Si je puis démontrer que j'ai possédé ainsi pendant une année avant le fait qui, à défaut du temps annal, constituerait l'interruption, ma possession n'est plus interrompue, le droit de possession m'est acquis sans retour, et j'ai l'action en complainte pour réprimer le troube ou la spoliation.

La possession qui a duré un an ne peut donc être interrompue par des actes isolés, elle ne peut l'être que par une possession annale, également non interrompue : par conséquent c'est à l'interruption de la possession qui a duré un an que se rapporte l'art. 2243, qui exige aussi que l'interruption ait duré une année. La possession non annale est interrompue au contraire par des actes qui empêchent le possesseur de jouir de la chose, et qui sont posés dans cette intention.

L'interruption civile de la possession peut avoir lieu, aux termes de l'art. 2244, par une citation, par un commandement ou par la saisie. La reconnaissance que ferait le possesseur du droit du propriétaire serait également une interruption civile (art. 2248).

Toute interruption de la prescription fait considérer la possession antérieure comme n'ayant jamais existé.

107. Après avoir dit que la possession doit être publique, non précaire et continue, le législateur aurait pu se dispenser de dire encore au même art. 2229 qu'elle doit être non équivoque; car la possession publique non précaire et continue est nécessairement

aussi non équivoque. La possession ne peut être équivoque que lorsqu'il y a du doute, soit sur la publicité, soit sur la non précarité ou sur la continuité des actes qui sont invoqués par le demandeur, et dont la preuve lui incombe, tant pour ces actes eux-mêmes que pour les qualités légales qu'ils doivent réunir. Toutefois, dans cette preuve celui qui établit les faits de possession est soutenu, en ce qui concerne la non précarité, par la présomption que chacun est censé posséder pour soi et à titre de propriétaire s'il n'est prouvé qu'il a possédé pour un autre (art. 2230), et il l'est encore par cette règle que celui qui prétend que la possession de l'adversaire est précaire, violente ou interrompue, doit établir son exception.

108. Lorsqu'on compare l'art. 23 du Code de procédure avec l'art. 2260 du Code civil et avec l'art. 9 de la loi belge du 25 mars 1841, sur la compétence en matière civile, on voit que les actions possessoires sont au nombre de trois : la complainte, la réintégrande et la dénonciation de nouvel œuvre. Il est vrai que l'art. 9, après avoir nommé ces trois actions, ajoute : et autres actions possessoires, expressions générales qui prouvent que le législateur veut ne pas soustraire à la compétence du juge de paix, les déplacements de bornes, usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures mentionnées à l'art. 3, § 2, du Code de procédure. Mais il est à remarquer que ces actions ne sont cependant au fond que des formes diverses de l'action en complainte, car en général toute action fondée sur la possession annale en matière susceptible d'une possession légale, est une action possessoire, quelle que soit d'ailleurs la cause qui l'a produite, soit déplacement de bornes, soit usurpation, soit nouvel œuvre, soit quelque autre empêchement à l'exercice des droits de la possession. Toutefois trois actions possessoires sont particulièrement distinguées par l'art. 9; nous devons donc examiner ce qui les distingue en réalité. Ici il nous faudra remonter à l'ancien droit, et voir combien d'espèces d'infractions au droit de possession et combien d'actions on y distinguait.

109. Les plus anciens monuments législatifs sur la matière des actions possessoires en droit français, remontent au XIIIe siècle.

Ce sont les établissements de St-Louis (1270) et la coutume de Beauvoisis, publiée par Beaumanoir (1285). Suivant cet auteur, il pouvait y avoir infraction aux droits de la possession de trois manières : 1° par force, 2° par nouvelle dessaisine et 3° par simple trouble ou nouvelleté. La force était la dépossession qui avait lieu par voies de fait, par violence. La dessaisine était celle qui avait lieu sans violence, par exemple si quelqu'un s'introduisait dans le bien d'un absent, ce que Beaumanoir indique en disant : nulle force n'est sans nouvelle dessaisine, mais nouvelle dessaisine n'a lieu sans force.

En cas de force, il y avait lieu à la maxime : *Spoliatus ante omnia restituenda,* maxime dont nous avons vu l'origine dans le droit canon (n° 76), et qui avait été consacrée par une ordonnance de St-Louis, dans la forme que voici : *Nul ne doit en nulle cour plaider dessaisi, mais il doit demander saisine en toute œuvre.* Cette ordonnance portée en 1270, fut non seulement obligatoire dans toute l'étendue de la justice royale, mais elle fut bientôt suivie hors des terres soumises à l'obéissance du roi, et acceptée dans toute la France.

Comme nous l'avons vu ailleurs, jusqu'à St-Louis, jusqu'aux établissements de 1270, la vindicte privée était autorisée en France. Celui que la violence avait dépouillé pouvait reconquérir par la force l'objet qui lui avait été enlevé; même s'il craignait une résistance trop forte, il était autorisé à s'emparer de celle des propriétés du spoliateur qu'il croyait pouvoir lui enlever avec le plus de facilité. C'est cet usage que St-Louis a aboli par son ordonnance, *pour ce que c'était droitement, mouvement de haine et de mortelle guerre,* dit Beaumanoir (1).

La vindicte privée fut donc réprimée :

1° Par la restitution avec dommages-intérêts, qui devait avoir lieu avant toute connaissance du fond de droit;

2° Par une amende de 60 sous pour les roturiers et de 60 livres pour les gentilshommes; *car,* dit Beaumanoir, *comme l'homme est plus fort et puissant, il fait plus grand dépit au roi quand il va*

(1) *Coutume de Beauvoisis,* chap. XXVII.

contre son établissement, ce qui nous montre, comme l'histoire l'atteste d'ailleurs, que l'ordonnance avait surtout pour but de remédier aux envahissements des seigneurs féodaux.

La dessaisine comparée à la complainte, c'est-à-dire le cas de dépossession comparé à celui de trouble, se distinguait par une procédure particulière, connue sous le nom d'applégement et contre-applégement, laquelle a beaucoup d'analogie avec la procédure autrefois usitée à Rome dans les actions possessoires, lorsqu'on procédait *per sponsionem.* Comme, en cas de dessaisine, celui qui se plaignait reconnaissait que son adversaire était saisi, le juge exigeait de lui qu'il donnât pleige ou caution à l'effet de suivre son action et de payer les dommages et intérêts que pouvait entraîner la perte du procès. Si le demandeur refusait ce cautionnement, sa plainte n'était pas admise; s'il le donnait, le juge en exigeait un semblable du défendeur; en cas de refus de la part de celui-ci, l'objet contentieux devait à l'instant même être remis au demandeur en complainte. Si au contraire les deux parties avaient donné pleige, la chose était mise sous la main de la justice jusqu'à l'issue du procès.

S'il n'y avait ni force ni dessaisine, mais simple trouble, simple empêchement d'user de la chose, il n'y avait pas lieu à plégement et contre-applégement; le demandeur, s'il prouvait sa possession, devait être ressaisi tout à plein, c'est-à-dire être maintenu, et le défendeur être condamné à l'amende de 60 livres, amende que le plaignant encourait aussi lorsqu'il succombait dans sa demande, c'est-à-dire, lorsqu'il était prouvé que l'adversaire était légitime possesseur.

Trois cas étaient donc distingués :

1° Celui de la spoliation par violence et voie de fait, qui donnait lieu au *remedium spolii,* appelé aussi *réintégrande,* à cause du mot *redintegranda,* qui se trouve dans le texte du droit canon, auquel cette action est empruntée. — Tout possesseur pouvait s'en prévaloir, quelle que fût sa possession, mais cette action ne préjugeait rien, ni sur le droit de la possession annale, légale, ni sur le droit de la propriété : celui qui était condamné à la restitu-

tion, pouvait donc encore recourir au possessoire, et après cela au pétitoire.

2° On distinguait ensuite le cas de dessaisine sans violence, qui donnait lieu à la procédure d'applégement, et dans lequel l'action intentée était l'interdit *recuperandae possessionis* fondé sur la possession annale; l'action en revendication restait ouverte à la partie qui succombait.

3° On distinguait le cas de trouble ou de nouvelleté, non soumis à la procédure d'applégement, et donnant lieu à l'interdit *uti possidetis* appelé complainte en cas de saisine et de nouvelleté, c'est-à-dire plainte du trouble nouvellement fait en la saisine où l'on est depuis an et jour. L'instance au pétitoire restait également ouverte à la partie qui succombait.

110. Tel était d'après Beaumanoir, dont on trouve une excellente analyse dans Henrion de Pansey, l'état de la législation (1), lorsqu'au XIVe siècle une innovation importante fut introduite par Simon de Bucy, premier président au Parlement, dans le but d'éviter la procédure d'applégement par une espèce de fiction, en vertu de laquelle la dessaisine ne fut considérée que comme trouble, ce qui eut pour effet de fondre l'action née de la dessaisine, avec la complainte, et par conséquent de soustraire les parties à l'obligation de donner pleige et contre-pleige.

Voici comment De Laurière, dans son commentaire sur la coutume de Paris (art. 96), rend compte de cette innovation :

« Messire Simon de Bucy introduisit le premier que celui qui serait expulsé de son bien n'en perdrait que la possession de fait, et qu'il en conserverait la saisine. Il établit sur ce principe que la force et ce qu'on appelait dessaisine, seraient regardés comme nouvelletés ou nouveaux troubles, et que dans tous ces cas on agirait pour être maintenu dans sa possession et saisine, de sorte que depuis Messire Simon de Bucy il n'y a point eu en France d'autre complainte que celle en cas de saisine et de nouvelleté. »

Depuis lors donc jusqu'aujourd'hui l'action en complainte est

(1) Voyez Beaumanoir, chap. XXVII; et Henrion de Pansey, *Comp. des Juges de paix*, chap. XXXIV et LII.

donnée, et pour le cas où il y avait lieu en droit romain à l'interdit *uti possidetis*, et pour celui où il y avait lieu à l'interdit *unde vi*, avec ces différences que cette action suppose toujours la possession annale, la possession définie par l'art. 23 du Code de procédure et l'art. 2229 du Code civil; et que par l'influence du droit canon elle devint réelle, et fut susceptible d'atteindre tout tiers possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, fût-il le propriétaire lui-même.

111. Le changement opéré par Simon de Bucy a-t-il également confondu avec la complainte l'action en réintégrande fondée sur la maxime : *spoliatus ante omnia restituendus?*

C'est là une des questions les plus controversées du droit français. Parmi les auteurs, les uns prétendent que depuis Simon de Bucy il n'y eut plus, quant aux conditions requises, qu'une seule action possessoire, l'action en complainte, et disent que dans tous les cas l'art. 23 du Code de proc. requiert en termes généraux pour toutes les actions une possession annale et non précaire, et s'oppose à ce qu'on distingue encore l'action en réintégrande comme action *sui generis*, non soumise à la possession annale, à la possession réunissant les autres caractères voulus par la loi (1). D'autres disent que le changement introduit par Simon de Bucy n'a porté aucune atteinte à la réintégrande, que l'ordonnance de 1667 a distingué cette action, que l'art. 2260 du Code civil la distingue encore des actions possessoires, et que l'art. 23 du Code de proc., lorsqu'il exige la possession annale et non précaire, comme fondement de l'action possessoire en général, ne se rapporte pas à la réintégrande (2); ils invoquent enfin la jurisprudence de la Cour de cassation de France (3), devenue constante, arguments auxquels on peut ajouter chez nous le texte de l'art. 9

(1) Toullier, XI, n° 126; — Poncet, *Des actions*, n° 62; — Troplong, *Prescr.*, I, n° 305; — Curasson, *Comp. des juges de paix*, 2, p. 35; — Boitard, *Leçons de Procédure civile*, 2, p. 455 (éd. fr.); — Zachariæ, I, § 191, n° 9, etc.

(2) Henrion de Pansey, *Comp. des juges de paix*, ch. 52; — Favard de Langlade, *Rep.*, verbo *Complainte*, sect, 2, n° 4; — Dalloz, *Repert. gén.*, verbo *Actions possessoires;* — Duranton, IV, n° 246; — Devilleneuve (*Jurispr. du XIXe siècle*, 36, I, p. 15; 37, I, p. 609; 39, I, p. 641). — Belime, *De la possession*, n°s 371 et suiv.

(3) Arrêts des 16 mai 1820; — 28 déc. 1826; — 4 juin et 16 novembre 1835; etc.

de la loi du 25 mars 1841 et la discussion dont il fut l'objet à la Chambre des Représentants.

Recherchons laquelle de ces deux opinions doit être admise.

112. La première question qui se présente ici à examiner, est celle de savoir si jusqu'à l'ordonnance de 1667, et même jusqu'à la rédaction de nos Codes, on n'a plus, en cas de violence, distingué l'action en réintégrande, fondée sur la maxime *spoliatus....* de l'action en complainte, qui, comme nous l'avons vu, comprend à la fois, depuis Simon de Bucy, le cas de trouble et celui de dessaisine.

Troplong (n° 229) soutient que cette distinction n'a plus eu lieu, et il cite à l'appui de cette opinion quelques coutumes qui, à ce qu'il assure, ne font mention que de l'action en complainte. Mais de là ne faut-il pas conclure seulement qu'il n'existe plus ni action ni procédure spéciales par le cas de dessaisine? D'un autre côté, l'opinion de Troplong est formellement contredite par les anciens jurisconsultes. Ainsi Boutillier qui a écrit au commencement du XVe siècle, environ un demi-siècle après Simon de Bucy, rapporte dans sa Somme rurale : qu'il était généralement reçu que celui que la force avait dépouillé, devait, dans l'année du trouble, s'adresser au juge qui, sans entrer dans l'examen des droits des parties, réintégrait le demandeur dans sa possession, et ordonnait que les choses fussent remises dans l'état où elles étaient avant la voie de fait.

L'autorité de Boutillier se trouve confirmée par celle d'Imbert, qui enseigne qu'en cas de violence, il n'est pas nécessaire que le demandeur prouve sa possession d'an et jour (1).

Du reste l'ordonnance de 1667, au chap. 18, art. 1 et 2, distingue formellement l'action en complainte de l'action en réintégrande; pour la première elle requiert, à l'art. 1, une possession publique, non précaire, tandis que pour la réintégrande elle se borne à exiger la simple possession, c'est-à-dire une possession non qualifiée, une possession quelconque.

L'ordonnance de 1667 reconnaît donc la réintégrande pour

(1) J. Imbert, *La pratique judiciaire en France*, Liv. 1, ch. XVII.

violence et voie de fait, comme une action non soumise à la possession qu'elle a qualifiée à l'art. 1 pour la complainte.

Mais il importe d'observer pour l'intelligence de l'art. 23 du Code de proc., que l'ordonnance de 1667, aux articles cités, n'avait requis formellement la possession annale, ni pour la complainte ni pour la réintégrande. Remarquons encore que l'art. 4 du titre 34, prononce la contrainte par corps pour l'exécution du jugement rendu sur l'action en réintégrande.

L'art. 1 de l'ordonnance, comparé à l'ancien droit, qui requérait toujours la possession annale et non précaire pour l'action en complainte, a fait naître une controverse sérieuse sur la question de savoir si sous l'empire de l'ordonnance, le temps d'un an était encore requis pour que la complainte pût être intentée. Sur ce point trois systèmes différents étaient professés par les auteurs : les uns enseignaient qu'il ne fallait pas de possession annale (1), les autres la requéraient dans tous les cas (2), d'autres enfin distinguaient entre le cas où le demandeur intentait la demande contre celui qui avait possédé un an, contre le propriétaire, ou contre celui qui n'avait jamais possédé avant lui; au premier cas il fallait, d'après eux, la possession annale pour triompher au possessoire; au second cas la simple possession suffisait (3). Cependant Pothier, d'après qui il fallait la possession annale pour intenter la complainte, enseignait que quelque vicieuse que fût une possession, le possesseur dépouillé par la violence devait y être réintégré, sans qu'on pût lui opposer aucune exception, mais que la partie qui était condamnée à la restitution pouvait, après l'avoir effectuée, se pourvoir au pétitoire, et même au possessoire lorsqu'elle invoquait la possession annale (4).

Tel était l'état de la législation et de la doctrine lors de la publication du Code civil et du Code de procédure; car la loi du 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire ne fit rien qu'attribuer

(1) Ferrière, *Coutume de Paris*, art 96.

(2) Pothier, *Traité de la poss.* — Bourjon, *Droit comm. de la France*, etc.

(3) Duparc Poullain, *Princ. du Droit français*, X, p. 706; — Lanjuinais, *Rép. univ de* Merlin, verbo *voies de fait*.

(4) Lange, dans sa *Nouvelle pratique civile*, enseigne la même doctrine, p. 247 et 236.

aux juges de paix la connaissance de toutes les actions possessoires.

113. Lequel de ces deux systèmes a été consacré par les Codes? est-ce le système défendu par Troplong, où est-ce celui adopté par Henrion de Pansey et la Cour de cassation de France?

M. Troplong se prévaut de l'art. 23 du Code de procédure. Il dit : la réintégrande est une action possessoire, donc elle requiert, pour pouvoir être intentée, la possession annale. Quant à nous, nous pensons, avec les auteurs cités plus haut, que l'art. 23 du Code de procédure n'a rien changé à l'ancien droit, et qu'il a maintenu la réintégrande comme action *sui generis*. En requérant la possession annale pour la complainte, le législateur a tranché une question qui sous l'empire de l'ordonnance était contestée, car celle-ci (art. 1, titre XVIII) n'avait pas même requis la possession annale pour cette action; il n'a point eu en vue la réintégrande.

L'art. 23 du Code de procédure, il faut bien le remarquer, ne se rapporte, malgré la généralité de ses expressions, qu'à la complainte et à ses différentes formes, qui sont indiquées à l'art. 3, § 2 du même Code. Ce qui le prouve, c'est le mot *trouble* par lequel l'article désigne le fait qui donne naissance à l'action possessoire, et qui ne saurait nullement se rapporter à l'action en réintégrande, car celle-ci est fondée non sur un simple trouble, mot sous lequel il faut comprendre aussi la dessaisine, mais sur une spoliation, une violence.

Du reste, quand on dit que la réintégrande est une action possessoire, on fait une assertion vraie dans un sens, et fausse dans un autre. La réintégrande n'est pas une action possessoire en ce sens qu'elle aurait pour objet de faire vider une contestation sur le droit de la possession; non, elle n'a pour objet que de faire décider quel est celui qui a détenu la chose, et qui doit être remis dans la simple détention de celle-ci; car la possession légale et le droit de propriété sont réservés; de là il suit nécessairement aussi que cette action n'a pas besoin d'être fondée sur la possession légale, sur la possession d'une année.

L'art. 23 ne prouve donc pas que le législateur moderne ait voulu soumettre aussi l'action en réintégrande à la condition d'une

possession annale et non précaire; il ne prouve pas que cette action ait cessé de constituer une action *sui generis,* telle qu'elle était caractérisée déjà au XIIIe siècle et fondée sur la maxime *Spoliatus....* Le mot trouble qu'on trouve à l'art. 23 ne saurait se référer à la réintégrande; et d'un autre côté, deux articles du Code civil, les art. 2260 et 1293, servent à démontrer que le législateur a entendu laisser subsister l'action en réintégrande telle qu'elle existait dans l'ancien droit. L'art. 2260 nomme la réintégrande, et consacrant la disposition de l'art. 4, titre 34, de l'ordonnance de 1667, autorise la contrainte par corps en cas de réintégrande, pour le délaissement ordonné par justice, d'un fonds dont le *propriétaire* a été dépouillé par voie de fait (1); et d'autre part l'art. 1273 fait une application de la règle : *Spoliatus ante omnia restituendus,* au moins par forme d'exception, en empêchant celui qui détient une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé, d'opposer la compensation à la demande qu'on lui ferait de cette chose. Par une espèce de peine décernée contre la violence, il faut avant tout qu'il restitue cette chose, sauf à faire valoir ensuite sa prétention.

114. On ne saurait donc se prévaloir ni de l'ancien droit, ni des Codes nouveaux, pour en conclure que la maxime du droit canon, *spoliatus ante omnia restituendus,* consacrée par les établissements de St-Louis, aurait été abrogée; même, quelle que soit l'opinion qu'on professe sur cette première question, cette abrogation ne saurait être admise sous l'empire de la loi du 25 mars 1841, quoique M. Delebecque, dans son commentaire sur cette loi, soutienne le contraire, en reproduisant les arguments de Troplong.

Il résulte formellement de la discussion à laquelle l'art. 9 de cette loi a donné lieu, que l'action en réintégrande n'y est nommée que pour indiquer que le législateur a entendu conserver cette action avec le caractère que nous lui connaissons. En effet, dans le projet du gouvernement, l'art. 9 de la loi ne faisait aucune mention de la réintégrande; mais lors de la discussion, à la séance

(1) Le mot *propriétaire,* de l'aveu de tous les auteurs, est ici mis pour possesseur, parce que le possesseur est présumé propriétaire.

du 5 mai 1840, M. de Garcia fit remarquer qu'il lui paraissait utile de trancher par une disposition législative la controverse qui s'était élevée sur cette action; en conséquence il présenta un amendement tendant à faire nommer dans la loi l'action en réintégrande, pour montrer par là que la loi entendait conserver cette action, et y appliquer les principes reconnus. Puis, sur une observation présentée par M. Leclercq, alors ministre de la justice, pour montrer ce qu'il y avait de peu précis dans l'amendement, M. de Garcia ajouta : qu'il voulait que par son amendement il fût reconnu que l'action en réintégrande était non seulement une action possessoire, mais une action possessoire *sui generis;* et que par son insertion dans la loi, la conservation de cette action, complétement indépendante de la possession annale, serait placée en dehors de toute contestation; qu'on continuerait donc à y appliquer les principes qui ont existé dans l'ancien droit, et qui réellement n'ont pas été détruits. M. Raikem parla dans le même sens, et montra que la loi française du 25 mai 1838, contenait une disposition qui tranche dans le même sens cette question controversée (1); puis l'amendement de M. de Garcia fut adopté sans autre discussion.

115. Les faits qui donnent lieu à la complainte, sont le trouble et la dessaisine; le fait qui donne lieu à la réintégrande, est la voie de fait ou la violence. Par conséquent, comme la violence implique dessaisine, il s'ensuit que le possesseur annal, qui a été expulsé par violence, peut, ou bien intenter d'abord la réintégrande, auquel cas il ne prouvera que la possession au moment de l'expulsion, ou recourir à la complainte, auquel cas il prouvera la possession annale.

Quant au trouble requis pour pouvoir intenter la complainte, il est ou naturel, ou civil.

Il y a trouble naturel lorsqu'un étranger s'introduit dans le bien du propriétaire, ou lorsqu'il s'en approprie les fruits, ou lorsque de fait il use de la chose, prétendant y avoir des droits quelconques, ou enfin lorsque le propriétaire est entravé dans sa

(1) V. arrêts de la Cour de cass. de France des 19 août 1839 et 5 avril 1841.

jouissance et que l'auteur du trouble s'arroge des droits sur la chose (1).

En droit romain le trouble, comme nous l'avons vu, ne consistait que dans un fait qui impliquât l'intention de vouloir posséder la chose; si, sans prétendre jouir de toute la chose, on voulait seulement exercer un droit de servitude, il n'y avait pas lieu à l'interdit *uti possidetis,* mais à l'action *negatoria servitutis.* En droit moderne la définition du trouble est plus large; tout fait par lequel je prétends exercer un droit sur la chose dont un autre a la possession annale, est considéré comme trouble et comme tel donne lieu à l'action possessoire. La conséquence pratique en est que dans tous ces cas l'action est de la compétence du juge de paix; *mais à charge d'appel,* dit l'art. 9 de la loi de 1841, tranchant par ces mots une question qui avait été longtemps controversée. Auparavant les uns s'étaient prononcés pour la recevabilité de l'appel, quelque minimes que fussent les dommages-intérêts demandés, se fondant sur ce que ceux-ci n'étaient que l'accessoire; les autres avaient pris pour base du premier ou du dernier ressort le montant même des dommages-intérêts réclamés. C'est pour la première de ces opinions qu'inclinaient la jurisprudence et la doctrine au moment où elle fut définitivement consacrée en Belgique par la loi du 25 mars 1841.

Si tout trouble exige une prétention au droit de possession, il faut se garder de confondre les actions possessoires, avec les actions purement personnelles fondées sur un dommage causé sans aucune intention de s'approprier la chose en tout ou en partie, sans aucune prétention à l'exercice d'un droit quelconque. Toute atteinte, tout préjudice causé à une possession, ne donne pas pour cela ouverture à l'action possessoire. Si un voisin par imprudence ou mauvaise volonté dégrade ma propriété ou nuit à mes récoltes, je pourrai, en vertu de l'art. 1382 du Code civil, intenter contre lui une action personnelle *ex delicto* ou *quasi delicto,* pour obtenir la réparation du préjudice, je pourrai aussi choisir la voie criminelle au cas où les faits de trouble constitue-

(1) Pothier, *Traité de la poss.*, n° 102.

raient les délits prévus par les lois pénales (1); mais s'il n'y a pas dans le fait intention de s'arroger un droit, il ne saurait donner lieu à l'action en complainte. Toutefois il est évident que si le fait était de nature à faire croire que l'intention existât, et que le défendeur assigné devant le juge de paix prétendît n'avoir pas eu cette intention, le juge de paix devrait se déclarer incompétent, et les frais de procédure faits jusqu'à ce moment devraient être réservés pour être supportés par la partie qui succomberait devant le juge compétent (2).

Il y a trouble civil ou de droit lorsque par un acte judiciaire ou même extrajudiciaire on a prétendu avoir sur la chose que nous possédons des droits de possession ou de propriété. Il y a trouble civil, dit Bourjon, lorsqu'un tiers fait une saisie entre les mains de mon fermier ou de mon locataire, en se prétendant propriétaire de la chose, ou qu'il lui fasse commandement de payer entre ses mains. Il y aurait trouble civil, si au moment où je veux élever des constructions, un tiers me faisait sommation de ne pas continuer l'œuvre, prétendant avoir sur mon fonds la servitude *haud altius tollendi*, ou enfin si judiciairement il m'empêchait de disposer de mon bien d'une manière quelconque. Mais nous remarquerons avec Bourjon (3), que le possesseur assigné pour justifier des titres en vertu desquels il possède, ne peut se regarder comme troublé par cette demande, car elle n'empêche aucunement le possesseur d'user et de jouir comme auparavant, ce qui écarte toute idée de trouble.

115. Nous passons à l'examen de la troisième action possessoire, la dénonciation de nouvel œuvre.

Cette action se confond-elle avec la complainte et n'en est-elle qu'une forme particulière, ou bien a-t-elle conservé certains caractères et effets spéciaux empruntés au droit romain? Telle est la question qui domine toute cette matière, et qu'il serait impossible de résoudre, ni même de comprendre, sans remonter à l'ancien

(1) Voyez les art. 444, 445, 451 du Code pénal, qui prévoient les dégradations que l'on peut commettre aux arbres et aux récoltes.

(2) Belime, *Traité de la poss.*, p. 345.

(3) *Droit comm. de la France*, Titre 4, ch. 1.

droit. Nous commencerons donc pas l'examen de la législation romaine, à laquelle la dénonciation de nouvel œuvre a certainement emprunté le nom, sinon les caractères.

116. La dénonciation de nouvel œuvre, *operis novi nunciatio*, est une opposition ou défense faite à celui qui entreprend un changement quelconque par des ouvrages pratiqués sur le sol, soit en élevant des constructions, soit en les démolissant, soit en comblant ou en déblayant certaines parties du sol, en un mot par des ouvrages qui modifient le sol ou la superficie d'une manière quelconque, à moins que ce changement ne tende à étayer un édifice qui menace ruine (1).

Mais pour que la dénonciation soit utile, pour qu'elle ait les effets que nous exposerons ci-après, il faut qu'elle soit faite avant que l'ouvrage contre lequel on veut se prémunir, soit achevé. S'il était achevé, il y aurait lieu à l'interdit *quod vi aut clam*, selon que les travaux auraient été faits clandestinement, ou contre le gré de celui qui en conteste la légitimité.

La dénonciation de nouvel œuvre a donc pour but, soit de défendre et de conserver un droit que nous avons acquis sur le bien d'autrui, par exemple le *jus immitendi*, le *jus non altius tollendi* (2), soit de repousser un dommage qui menace notre propriété et de nous faire donner caution pour le cas où il arriverait. La L. 1, § 16, D. XXXIX, 1, dit : *Nunciatio fit aut juris nostri conservandi causa, aut damni depellendi... Nunciamus autem : quia jus aliquid prohibendi habemus, vel ut damni infecti caveatur nobis.*

L'effet de la dénonciation était, quant au dénoncé, de l'empêcher de poursuivre l'ouvrage commencé, jusqu'à ce qu'il fût décidé par le juge compétent si le dénoncé pouvait ou non continuer. C'était au dénonçant à faire les diligences nécessaires pour obtenir cette décision sur le fonds du droit. Le dénoncé jouait donc le rôle de défendeur : *In operis novi nunciatione possessorem adversarium facimus*, dit la L. 1, § 6, D. XXXIX, 1; mais si dans le

(1) L. 1, §§ 11, 12, 13, D. XXXIX, 1.

(2) L. 2, L. 15, L. 14, D. XXXIX, 1. — Puchta soutient à cause de ces textes que l'on ne peut *nunciare* que pour une servitude urbaine.

délai d'un an le dénonçant ne poursuivait pas la décision au fond, la dénonciation était considérée comme non advenue (1). D'un autre côté, en attendant que le dénonçant fît ses diligences, le dénoncé pouvait se pourvoir devant le préteur pour obtenir la main-levée de la dénonciation, soit moyennant caution, soit purement et simplement, par une *remissio,* sans avoir besoin de faire aucune espèce de preuve (2). Mais la main-levée que le préteur pouvait accorder avec ou sans caution, ne préjugeait rien sur le fond du droit qui restait intact (3).

Si malgré la dénonciation le dénoncé passait outre sans avoir obtenu la main-levée, il était forcé de démolir les travaux avant même que la question du fond fût jugée, et il ne pouvait plus obtenir main-levée de la dénonciation (4).

Quant à la forme de la dénonciation, les interprètes en distinguent trois espèces : la dénonciation verbale, la dénonciation réelle et la dénonciation prétorienne. Cette distinction porte à faux; au fond il n'y a qu'une seule dénonciation, celle qui est verbale; car celles que les interprètes appellent *realis* et *praetoria,* ne sont que des moyens qui tendaient à conserver la possession, qui était perdue dès que l'on recourait à la dénonciation verbale (5). C'est pourquoi, bien que le § 8 de la L. 5, D. XXXIX, 1, dise qu'au cas où l'on construit sur notre fonds nous pouvons recourir à la dénonciation de nouvel œuvre pour sauvegarder notre droit, le § 10 fait cependant remarquer qu'il vaut mieux recourir au préteur ou à une voie de fait (*per manum, id est lapilli jactum*), qui manifeste l'intention de nous maintenir dans la possession, et qui, en outre, si les travaux sont continués, donne ouverture à l'interdit *quod vi aut clam* pour en demander la démolition, si l'auteur n'a pas eu le droit de les faire. Le jurisconsulte fonde le conseil de recourir au préteur ou au *jactus lapilli,*

(1) L. 1, C. VIII, 11.

(2) C'est de cette *remissio* que traite la L. 1, D. XLIII, 25.

(3) L. 5, § 17; — L. 8, § 4; — L. 20, §§ 1 et 5; — L. 21, § 1, D. XXXIX, 1.

(4) L. 1, § 7; L. 20 pr. et § 1, D. XXXIX, 1. Le dénonçant avait dans ce cas, à l'effet de faire démolir les travaux, un *interdictum restitutorium.*

(5) L. 1, §§ 6, 1 et 10, D. XXXIX, 1.

plutôt qu'à la dénonciation de nouvel œuvre, sur ce que le recours à celle-ci aurait pour effet de nous faire perdre la possession et de donner au dénoncé les avantages de la défense.

Il résulte évidemment de ce texte qu'il n'y a qu'une seule dénonciation, qui est la dénonciation verbale, mais que cette dénonciation peut être employée, tant au cas où l'on fait une œuvre sur notre fonds, que dans celui où l'œuvre dont nous redoutons quelque détriment se fait sur le fonds d'autrui (1). Dans ce dernier cas la dénonciation est nécessaire, c'est-à-dire qu'elle est le seul remède qu'on puisse employer, tandis qu'au cas où l'œuvre se fait sur notre fonds, nous pouvons, si elle a été clandestine ou si elle a été faite malgré la moindre opposition de notre part, recourir aussi à l'interdit *quod vi aut clam*. Et si malgré notre opposition l'auteur de l'œuvre a persévéré, il y a lieu à l'interdit *uti possidetis*, car il nous a contesté réellement la possession de notre fonds : *Aut si in suo quid faciat quod nobis noceat, tunc operis novi nunciatio erit necessaria; et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum* QUOD VI AUT CLAM, *aut* UTI POSSIDETIS, *uti* (L. 5, § 10, D. XXXIX, 1).

Les actes qui l'on a appelés *denunciatio realis* et *praetoria*, ne sont donc que des moyens de conserver la possession et de faire naître l'interdit *quod vi aut clam*. Ce qui a été l'occasion de cette distinction erronée, c'est le § 9 de la même L. 5, où le jurisconsulte distingue une triple cause de dénonciation, à savoir : une cause naturelle, c'est-à-dire résultant des droits naturellement renfermés dans la propriété, comme au cas, dit la loi, où l'on construit sur mon fonds; une autre publique, comme au cas où l'on entreprend une nouvelle œuvre dans un lieu public, ce qui autorise tout le monde à faire la dénonciation (2); enfin une troisième que le jurisconsulte appelle *impositia*, c'est-à-dire une cause résultant d'un droit de servitude imposé au fonds voisin, et née de ce que le propriétaire de ce fonds a entrepris quelque chose de contraire à ce droit de servitude. Les jurisconsultes qui ont admis erronément

(1) L. 5, §§ 8 et 10, D. XXXIX, 1.
(2) Comp. L. 4, D. XXXIX, 1.

trois espèces de dénonciation, ont donc confondu la cause avec la forme et les effets : il y a trois causes comme le dit la loi citée, mais il n'y a qu'une dénonciation, celle dont nous venons de rapporter les causes et les effets, la dénonciation verbale.

Peut-on reconnaître dans cette dénonciation une action possessoire? Évidemment non; aucun interprète n'a jamais songé à la ranger parmi les actions possessoires; elle n'était autre chose qu'une opposition extrajudiciaire et provisoire, que le dénonçant prenait l'engagement de justifier plus tard dans une instance au fond. Il est bien vrai que la dénonciation de nouvel œuvre pouvait se faire dans des cas où le dénonçant aurait pu recourir à l'interdit *uti possidetis,* mais le dénonçant, par cela seul qu'il recourait à la dénonciation, reconnaissait son adversaire comme possesseur, et la dénonciation, bien loin d'être pour le dénonçant un moyen possessoire, avait au contraire pour effet d'attribuer les avantages de la possession au dénoncé, au maître des travaux.

117. Dans l'ancien droit français la dénonciation de nouvel œuvre ne conserva absolument plus de ce qu'elle fut autrefois que le nom, et devint une véritable action possessoire.

Ce changement important se rattache d'abord à la distinction erronée des trois espèces de dénonciation, qui avait été faite par les glossateurs et qui s'est maintenue jusqu'à nos jours chez plusieurs interprètes du droit romain. Les glossateurs envisagèrent les prétendues dénonciations réelle et *per praetorem,* comme des actions possessoires; ils y appliquèrent, suivant les circonstances, les principes de l'interdit *uti possidetis* ou de l'interdit *unde vi;* et le motif singulier par lequel ils cherchèrent à expliquer pourquoi la dénonciation verbale rendait le dénoncé possesseur, conduisit les praticiens français à faire disparaître cette règle et à laisser les avantages de la possession au dénonçant.

Pourquoi, dit la glose sur la L. 186, D. XXXIX, 1, est-ce que je perds la possession lorsque je fais la dénonciation verbalement? Et elle répond : parce qu'en la faisant ainsi, je montre moins de confiance dans mon droit, tandis qu'en recourant au préteur ou en protestant de fait, par le *jactus lapilli,* cette hardiesse laisse voir une confiance plus grande. L'on comprend aisé-

ment que si en réalité il y avait eu, outre la dénonciation verbale, une dénonciation réelle et une autre prétorienne, ce n'eût été que par une pure subtilité qu'on eût pu y attacher des effets différents. Aussi voyons-nous déjà Boutillier revendiquer pour la dénonciation verbale les droits de la possession, comme pour les prétendues dénonciations prétorienne et réelle; et dès ce moment la règle *adversarium possessorem facimus* ne fut plus observée en droit français. Après avoir exposé que la dénonciation doit se faire à l'auteur de l'ouvrage ou à ceux qui le font pour lui, Boutillier continue comme suit (1) : « Et de fait convient que l'ouvrage soit cessé du tout, jusqu'à ce que celui qui l'ouvrage fait faire, fait convenir et dénoncer devant le juge, à savoir pourquoi il a fait cette dénonciation; et sera le faiseur de l'ouvrage demandeur en ce cas, et le dénonçant possessionnaire ou possesseur de sa dénonciation, qui est grande dignité en un procès. » C'est là tout le contraire de ce que dit la L. 186, D. XXXIX, 1, d'après laquelle le dénoncé était constitué possesseur.

Plus tard la dénonciation verbale tomba en désuétude, et la dénonciation ne se fit plus autrement que par l'autorité du juge. La procédure fut régularisée; le dénonçant dût donner assignation à l'auteur de l'œuvre à l'effet de comparaître devant le juge des lieux, pour voir dire qu'il eût à cesser tous ouvrages jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné. Les parties étant ouies par devant lui, dit Charondas dans ses notes sur Boutillier, il ordonne si la dénonciation tiendra, ou si celui qui a commencé à bâtir continuera ses constructions.

La dénonciation du droit romain était donc mêlée à la complainte, mais jusqu'ici elle conservait cependant ce caractère, qu'elle ne tendait qu'à la suspension des travaux.

Enfin Rhodier, dans son commentaire sur l'ordonnance de 1667 (p. 246), confond entièrement la dénonciation de nouvel œuvre avec la complainte : il la fait dépendre d'une possession publique et non précaire, et cette possession reconnue, le juge peut aussi ordonner la démolition des travaux; de plus, l'action peut

(1) *Somme rurale*, Liv, 2, chap. 32.

être intentée dans l'année, par conséquent même après l'achèvement des travaux, pourvu que ce soit dans l'année; en un mot, la dénonciation de nouvel œuvre n'est plus qu'une forme de la complainte. On a encore la complainte, dit-il, lorsque quelqu'un entreprend de faire quelque nouvel œuvre dans le fonds que nous possédons publiquement et en maître, *ou pour nuire à la manière dont nous le possédons* (ces derniers mots se rapportent au cas où les travaux sont entrepris sur le propre fonds de celui qui en est l'auteur). Il faut, ajoute le commentateur, intenter la complainte dans l'an, et l'auteur de l'entreprise sera obligé de commencer par mettre les choses au même état. De sorte que d'après cela il ne reste plus à la dénonciation de nouvel œuvre aucun des caractères qu'elle avait dans le droit romain; il ne lui reste absolument que sa dénomination primitive. Il paraît que Pothier en a jugé de même, puisqu'il ne dit rien de particulier sur la dénonciation de nouvel œuvre.

D'autres auteurs étaient d'un sentiment opposé. Ils appelaient spécialement dénonciation de nouvel œuvre l'action exercée dans les cas où les travaux n'étaient que commencés, et accordaient au constructeur le droit de les continuer en donnant caution (1). D'autres ont distingué la complainte de la dénonciation de nouvel œuvre, en disant que l'action était dans son espèce une dénonciation de nouvel œuvre lorsqu'il s'agissait de travaux exécutés sur le fonds de celui qui les pratiquait, et qu'elle devenait au contraire une complainte lorsqu'ils s'exécutaient sur le fonds du voisin (2).

118. Ni le Code de procédure, ni le Code civil n'ont fait mention spéciale de cette action, pas plus que l'ordonnance de 1667. De là est résulté que sous l'empire de nos codes on a vu se produire sur la dénonciation de nouvel œuvre, quatre systèmes principaux, à-peu-près semblables à ceux que nous venons de signaler.

Carré, dans son traité de la compétence (I, p. 500), est d'avis que la dénonciation de nouvel œuvre n'est plus admise comme

(1) Ferrière, verbo *Dénonciation;* — Rousseau de la Combe, verbo *Dénonciation.*
(2) Boucher, *Bibl. du droit français,* verbo *Dénonciation.*

action spéciale ayant des effets qui lui soient propres. Ses arguments sont : 1° que l'art. 23 du Code de procédure soumet toutes les actions à une même règle, et que dans aucune disposition du Code il n'est fait de dérogation à cette règle quant à la dénonciation, qui n'est pas même spécialement nommée; — 2° que l'art. 1041 du même Code a abrogé toutes les lois anciennes. D'où il tire la conclusion que la dénonciation de nouvel œuvre ne saurait plus être intentée comme action spéciale et principale, qu'elle se confond au possessoire avec l'action en complainte, au pétitoire avec l'action en revendication d'un droit de servitude, mais que cependant incidemment, en intentant soit la complainte soit la revendication, on peut conclure par provision à la suspension des travaux dont on demande la suppression par action principale. — Ce système se rapproche le plus de celui que Rhodier enseignait sous l'empire de l'ordonnance de 1667.

119. Henrion de Pansey (ch. 38) considère au contraire la dénonciation de nouvel œuvre non comme une action possessoire, mais comme une action spéciale. Suivant lui la possession annale n'est pas requise, mais quiconque se croit fondé, en droit, à s'opposer à un nouvel œuvre, pourra l'intenter, c'est-à-dire pourra demander la suppression des travaux. Le juge de paix dressera alors procès-verbal de l'état des lieux, et fera défense de continuer les travaux. Si cette défense est méprisée, il ordonnera la démolition de ce qui a été fait depuis sa première ordonnance. Enfin la dénonciation de nouvel œuvre ne peut être intentée qu'au cas où l'auteur de l'innovation construit sur son propre terrain : c'est alors que le juge du possessoire ne peut qu'ordonner la discontinuation de l'œuvre, ou la permettre sous caution, et doit renvoyer le fond du litige au pétitoire. Mais si l'œuvre est faite sur un terrain que je possède, elle est un véritable trouble que je défère au juge de paix par voie de complainte possessoire, et le juge prononce comme dans le cas de complainte ordinaire, c'est-à-dire qu'il pourra ordonner la démolition des travaux.

La dénonciation, selon Henrion, serait donc ce qu'elle fut à-peu-près du temps de Boutillier et de Charondas, auteurs qu'il cite par extraits; elle serait un mélange de la dénonciation du droit

romain et de la complainte. Dans son système elle s'écarte du droit romain :

1° En ce que dans le droit romain elle était un acte extrajudiciaire, tandis que dans son système elle est devenue une action;

2° En ce que dans le droit romain elle pouvait avoir lieu au cas où les travaux s'exécutaient sur la propriété du dénonçant, comme au cas où ils s'exécutaient sur la propriété du dénoncé, tandis que selon Henrion il y aurait lieu au premier cas à complainte, au deuxième à la dénonciation de nouvel œuvre.

Mais Henrion suit la théorie du droit romain en ce que, selon lui, la dénonciation de nouvel œuvre ne peut s'intenter que pour des travaux non exécutés, qu'elle n'a pour objet que la suspension des travaux et n'est jamais qu'une action provisoire.

Dalloz a soutenu un système qui est basé sur la dernière partie des opinions du président Henrion. Ce jurisconsulte convient que pour intenter la dénonciation de nouvel œuvre comme pour intenter la complainte il faut la possession annale, mais il soutient que l'action est dans son espèce une dénonciation de nouvel œuvre, lorsque les travaux qui nous infligent grief s'exécutent sur le fonds même de celui qui les a entrepris. Dans ce cas, dit Dalloz, la dénonciation de nouvel œuvre est seule applicable; et il en résulte que si les travaux sont achevés il n'y a plus lieu qu'à se pourvoir au pétitoire, car la dénonciation de nouvel œuvre, dans le système de Dalloz aussi, ne se donne que pour des travaux non achevés. — Selon cet auteur, il faudrait donc distinguer deux hypothèses :

1° Un étranger vient faire une œuvre sur mon fonds : action en complainte, action tendant à être maintenu dans ma libre jouissance, et par conséquent à faire écarter tout ce qui porte obstacle, l'œuvre fût-elle accomplie ou non.

2° Un voisin entreprend sur son fonds une œuvre que je prétends me porter un préjudice illégitime : action en dénonciation de nouvel œuvre, mais seulement si je n'ai pas laissé s'achever le travail, car la dénonciation ne se donne pas pour un travail achevé.

Si le travail est terminé je ne puis donc plus, pour le faire

détruire, me prévaloir de la possession et attraire mon adversaire devant le juge de paix; mais il faut qu'au pétitoire, devant le juge ordinaire, je fasse la preuve du droit que j'ai de ne pas devoir souffrir l'œuvre. — On voit que l'opinion de Dalloz se confond en grande partie avec celle de Henrion.

Quant à la jurisprudence elle a varié; le principe sur lequel repose l'opinion de Carré, à savoir que l'art. 1041 du Code de procédure ayant abrogé les lois anciennes, il ne pouvait plus être question de cette action, a d'abord été consacré par la Cour de cassation de France par les arrêts des 13 avril 1819 et 11 juillet 1820. Mais par arrêts des 15 mars 1826 et 14 mars 1827, elle adopta le système de Henrion et de Dalloz. Enfin, depuis 1829, elle est revenue à sa première opinion, pour ne plus l'abandonner (1).

120. La discussion des systèmes que nous venons d'exposer, peut se ramener aux questions que voici :

L'action à laquelle donne lieu une nouvelle œuvre, est-elle une action possessoire toutes les fois que le demandeur établit que l'œuvre porte préjudice à sa possession annale ou à l'exercice d'un droit de servitude susceptible de possession? Ou bien faut-il admettre avec Henrion et Dalloz, que l'action est possessoire seulement alors que l'œuvre est faite sur le fonds du demandeur, ou qu'étant entreprise sur le fonds de l'innovateur, l'œuvre ne serait que commencée?

Examinant la première hypothèse, nous montrerons l'erreur que commet Carré en soutenant que la suspension des travaux, qui autrefois était l'objet de la dénonciation de nouvel œuvre, ne peut se poursuivre que par demande incidente. Puis, dans l'examen de la seconde hypothèse, nous montrerons que Dalloz et Henrion ont également erré, en prétendant que la dénonciation de nouvel œuvre n'a lieu que lorsque l'innovateur fait sur son fonds une œuvre non encore achevée.

121. Aux termes de l'art. 9 de la loi du 25 mars 1841, la dénon-

(1) Arrêts des 28 avril 1829; — 14 avril 1830; — 27 mai 1834; — 5 février 1838; — 20 février 1843, etc.

ciation de nouvel œuvre, c'est-à-dire l'action née d'un nouvel œuvre, est une action possessoire. Aux termes de l'art. 23 du Code de proc. cependant, auquel il n'a été dérogé nulle part pour l'action qui nous occupe, toute action possessoire suppose une possession annale et non précaire, et ne peut être intentée que dans l'année à partir du trouble. Il suit de là et de cette considération que le nouvel œuvre est un trouble réel, que la dénonciation que la loi de 1841 qualifie d'action possessoire, ne peut être intentée devant le juge de paix, que lorsque le demandeur peut invoquer une possession annale ou l'exercice d'une servitude susceptible de possession. Par conséquent, si le demandeur qui se prétend lésé par des travaux, ne peut invoquer ni possession annale du fonds, ni droit de servitude susceptible de possession, il devra se pourvoir devant le juge ordinaire, et dans ce cas l'action née du changement des lieux ne pourra être une action possessoire. Il en serait de même si le demandeur ayant pu invoquer une possession annale et non précaire, avait laissé écouler l'année pendant lequel l'action aurait dû être intentée (1). Cette remarque faite, pour rencontrer les systèmes de Henrion, de Dalloz et de Carré, nous avons à examiner les différentes hypothèses qui peuvent se présenter, et qui ont été distinguées par ces auteurs.

Première hypothèse. Un étranger entreprend une nouvelle œuvre sur mon fonds : si je suis possesseur annal de ce fonds, il est évident que je puis me pourvoir au possessoire pour obtenir la destruction de cette œuvre et la restitution des lieux; et l'on pourra appeler l'action dénonciation de nouvel œuvre, eu égard à la cause qui l'a fait naître, surtout si les travaux n'ont pas été achevés; mais au fond elle ne sera qu'une des formes de la complainte, car construire sur ma possession, c'est toujours me causer un trouble, comme c'est m'en causer un que de s'emparer des fruits de mon fonds, que de détruire les travaux que je pourrais y avoir faits moi-même.

Si je ne suis pas possesseur annal du fonds, je ne puis, en

(1) Voyez L.-J. Delwarde, *Observations sur le projet de la loi sur la compétence en matière civile*, § 6 (1838).

pareil cas, me pourvoir qu'au pétitoire pour demander la suppression des travaux et la restitution des lieux. Dans l'un et l'autre cas, soit que j'agisse au possessoire, soit que j'agisse au pétitoire, je pourrai, comme l'a enseigné Carré, demander incidemment et provisoirement, avant toute décision au fond, que les travaux soient arrêtés et restent en état. Cette demande incidente a cela de commun avec la *nunciatio* du droit romain, qu'elle a pour objet comme autrefois l'*operis novi nunciatio,* la suspension des travaux. C'est ce qui a amené Carré à dire que la dénonciation de nouvel œuvre ne formait plus dans notre droit une action principale, qu'elle ne pouvait être l'objet que d'une demande incidente, jointe à une demande principale formée au possessoire ou au pétitoire.

Mais cette dernière partie de la doctrine de Carré, que la dénonciation de nouvel œuvre ne serait plus qu'une demande incidente, est inexacte, comme l'a fait remarquer Troplong; car alors même qu'on accorde à Carré que la demande formée par un possesseur annal pour obtenir la destruction d'une œuvre entreprise sur son fonds, est une véritable complainte, il peut se présenter cependant des cas où les travaux ne sont pas même commencés et où la dénonciation de nouvel œuvre, même dans le sens que Carré paraît attacher à cette action, c'est-à-dire comme ayant pour objet seulement la suspension des travaux, peut être intentée au possessoire comme demande principale. On peut supposer, dit M. Troplong (n° 318), « que mon voisin a réuni les matériaux sur son fonds pour bâtir sur le mien, et qu'averti par ses préparatifs ainsi que par un tracé qu'il a fait sur mon terrain, je prends l'initiative en lui faisant faire défense de rien construire, et de réaliser son projet. » La seule demande ici, est la suspension des travaux, et cette demande est fondée sur la possession annale requise pour toute action possessoire. Cette demande est principale, puisque n'ayant pas encore souffert de dommage, je ne saurais demander des dommages-intérêts, et que d'ailleurs il n'y a rien à remettre en état. Par conséquent, dans ce cas l'action est une dénonciation de nouvel œuvre dans le sens que Carré attache à la dénonciation, et cependant, ce qui montre l'erreur de Carré, elle est évidemment une action principale.

De plus, lorsque le demandeur ne peut ou ne veut se pourvoir au fond, il pourra devant le juge ordinaire, en cas d'urgence, demander la suspension des travaux par la voie du référé, suivant l'art. 806 du Code de procédure.

Examinons la seconde hypothèse, et nous trouverons ce qu'il y a d'erroné dans le système de Henrion et de Dalloz.

Un voisin fait sur son fonds une entreprise qui me porte préjudice, par exemple il creuse un cloaque dont les eaux s'infiltrent dans ma maison. Si je suis possesseur annal, je puis demander au possessoire non seulement la suspension, mais la suppression de ces travaux, par une action qui sera évidemment une complainte.

Il en serait de même si j'étais empêché par le nouvel œuvre dans l'exercice d'une servitude apparente et continue, par conséquent susceptible de possession; par exemple, j'ai sur le fonds voisin une conduite d'eau qui s'annonce par un aqueduc, mais ce voisin entreprend des changements qui refoulent sur ma propriété les eaux qui depuis un an se sont écoulées sur la sienne : dans ce cas je pourrai également poursuivre devant le juge de paix la restitution des lieux, et le libre exercice de la servitude.

Autre exemple : — Je jouis des eaux de source qui découlent du fonds voisin; cette jouissance est attestée par des ouvrages apparents exécutés par moi sur le fonds voisin. Le voisin fait un barrage au réservoir, et me prive des eaux. Je pourrai au possessoire demander la restitution des lieux, conformément à la doctrine de Merlin, de Troplong (n° 318), et de la Cour de cassation de France (1).

L'action que j'intente dans ces divers cas où les travaux sont entrepris sur le fonds de l'innovateur, on pourrait la nommer dénonciation de nouvel œuvre, puisqu'elle a pour cause un nouvel œuvre, on pourrait surtout l'appeler ainsi si les travaux n'étaient pas encore achevés; mais qu'ils soient achevés ou non, l'action, si elle est basée sur une possession annale, sera de la compétence du juge de paix, soit à titre de complainte, s'ils sont achevés, soit à

(1) Arrêts des 28 avril 1829; — 23 mai 1833; — 17 juin 1834.

titre de dénonciation de nouvel œuvre, s'ils n'ont été que commencés. Dans l'un et l'autre cas les conditions de l'action et ses effets seront les mêmes, et le juge de paix pourra ordonner la suppression des travaux (1).

L'erreur de Dalloz et de Henrion consiste à dire, qu'il y a lieu à dénonciation de nouvel œuvre seulement lorsque les travaux s'exécutent sur le fonds de l'innovateur et au cas où ils ne sont pas achevés, d'où ils concluent, que lorsque l'innovateur a consommé des travaux sur son fonds, celui qui est lésé ne peut se pourvoir qu'au pétitoire. Cette conséquence ne saurait être admise; pour déterminer la compétence du juge de paix, il serait absurde de distinguer les travaux achevés des travaux commencés. Supposons pour nous en convaincre, que j'aie sur le fonds voisin une servitude *non altius tollendi,* laquelle étant non apparente, n'est pas susceptible de possession; le voisin entreprend des travaux sur son fonds, ces travaux ne sont pas achevés : suivant Dalloz il y a lieu à la dénonciation de nouvel œuvre, laquelle tendant à la suspension des travaux, est de la compétence du juge de paix et ne saurait être accueillie par le juge ordinaire. Ainsi dans cette hypothèse le juge du pétitoire repousserait l'action, parce qu'étant inhibitoire de travaux, elle est de la compétence du juge de paix, et le juge de paix devrait la repousser parce que la dénonciation étant une action possessoire, requiert une possession annale, publique, non précaire, et que dans l'espèce la possession est non apparente et précaire.

Telle est conséquence à laquelle on arriverait si dans le système de nos lois on voulait maintenir à la dénonciation de nouvel œuvre, le caractère qu'elle avait autrefois, de ne pouvoir être intentée qu'au cas où les ouvrages n'étaient pas achevés et d'être encore dans tous les cas une action possessoire.

122. Il résulte de cette discussion :

Que l'action née d'un nouvel œuvre, est tantôt une action possessoire, tantôt une action pétitoire. Elle est une action posses-

(1) V. Troplong, *Prescr.*, n° 325; — Curasson, 2, n° 2; et les arrêts cités à la note précédente.

soire lorsque le demandeur se fonde sur ce que le nouvel œuvre porte atteinte à sa possession annale ou à un droit de servitude susceptible de possession. Dans ce cas, l'action se confond quant aux conditions de son exercice et quant à ses effets avec la complainte. Mais quant à la cause qui la fait naître, on pourra plus spécialement, à raison de son origine, lui conserver le nom de dénonciation de nouvel œuvre, si les travaux n'ont été que commencés ou sont sur le point d'être entrepris, peu importe du reste qu'ils l'aient été sur le fonds de l'innovateur ou du demandeur. De sorte que ce n'est pas par le lieu où les travaux sont entrepris, que se distingue la complainte de la dénonciation de nouvel œuvre, mais plutôt par le degré d'avancement de ces travaux. Du reste, cette distinction est purement nominale : que les travaux soient commencés ou achevés, sur le fonds du demandeur ou sur celui de l'innovateur, l'effet sera le même. Si la demande est fondée sur la possession annale, le juge pourra ordonner la suppression des travaux. Il ne pourrait même en permettre la continuation moyennant caution, comme le pouvait le préteur en droit romain (1).

L'action sera pétitoire lorsque le demandeur ne pourra pas se fonder sur la possession annale, ou lorsqu'il se prétendra lésé dans un droit non susceptible de possession. En ce cas, comme en celui où il aurait laissé passer le délai d'un an, ou bien où il aurait préféré directement la voie du pétitoire, pour obtenir la suppression des travaux il devra prouver son droit de propriété ou son droit de servitude.

Lorsque le demandeur doit ou veut se pourvoir au pétitoire, il peut demander provisoirement la suspension des travaux, soit par demande incidente (art. 337), soit par la voie des référés (art. 806).

Ce que nous venons de dire est tellement conforme à la doctrine de Zachariæ, que le passage suivant de cet auteur peut nous servir de résumé :

« La dénonciation de nouvel œuvre, dit cet auteur (§ 191), n'existe plus avec les caractères qui la distinguaient dans l'ancien droit, et l'on ne peut plus s'opposer par cette voie à la continua-

(1) Comp. Delwarde, *Op. cit.*, § 4.

tion des travaux, quels qu'ils soient, sur le seul fondement du préjudice qui pourrait en être le résultat (1). Mais celui dont la possession réunit les caractères exigés pour l'exercice de la complainte, et qui y a été troublé par suite d'un nouvel œuvre *fait sur son fonds ou celui d'autrui,* peut, *soit avant soit après l'achèment des travaux* (2), demander au possessoire le rétablissement des lieux dans leur ancien état. »

123. Maintenant que nous avons vu quelles sont les choses susceptibles de possession, et quelles sont les actions possessoires établies par la loi pour protéger cette possession, il nous reste à examiner quelles personnes peuvent intenter ces dernières.

Pour ce qui est de la capacité résultant de la nature de leur droit, nous nous en sommes déjà occupé plus haut (3); il ne nous reste plus qu'à examiner la question par rapport à la capacité personnelle de celui qui exerce l'action.

124. Agir au possessoire, ce n'est pas disposer en maître de son droit de propriété, c'est le protéger et le défendre. Les actions possessoires ne sont donc considérées par nos lois que comme des actes qui tendent essentiellement à conserver le droit de propriété, et les droits réels susceptibles de possession. Ainsi sous le régime de la communauté, l'art. 1428 du Code civil autorise le mari, comme administrateur de tous les biens personnels de la femme, à exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires relatives à ses biens propres. D'un autre côté, l'art. 1988 du Code civil qui n'excepte du pouvoir du mandataire général que les actes d'aliénation et la constitution d'hypothèque, admet aussi implicitement que l'exercice des actions possessoires rentre dans les attributions d'un mandataire général, dont le devoir est d'administrer et de conserver. Ce principe a été du reste admis par les auteurs anciens, comme il l'est par les modernes (4).

(1) Cela avait lieu dans le droit romain, mais le préteur pouvait aussi accorder la *remissio* ou main-levée pure et simple.

(2) Ce qui condamne la doctrine de DALLOZ et de HENRION.

(3) Voyez les nos 83 à 97.

(4) POTHIER, *Traité du mandat,* no 152. — DELVINCOURT, III, p. 131, no 1. — DURANTON, T. XVIII, no 229. — BELIME, no 287.

125. Voyons les conséquences de ce principe :

Pour ce qui est des actions possessoires appartenant aux mineurs et aux interdits, leurs tuteurs ou leurs curateurs, qui sont leurs mandataires généraux et légaux, peuvent les intenter (1). Mais le peuvent-ils sans le consentement du conseil de famille? On pourrait en douter, à voir l'art. 464 du Code civil qui requiert l'autorisation du conseil pour introduire en justice une action relative à des droits immobiliers. Carré et Delvincourt requièrent même cette autorisation. Mais la plupart des auteurs ne la requièrent point, et cette opinion nous paraît la plus fondée. En effet, le tuteur est le mandataire général de la personne placée sous sa protection (art. 450); ses pouvoirs sont même, sous certains rapports, plus étendus que ceux d'un mandataire général ordinaire (art. 466); comment donc le législateur lui aurait-il refusé une faculté qu'il accorde au mandataire ordinaire? Par actions relatives à des droits immobiliers, il faut donc entendre les actions revendicatoires, les actions qui peuvent emporter décision sur le fond même du droit.

Quant au mineur émancipé, comme il peut poser seul les actes d'administration (art. 481), et que la loi ne requiert l'assistance du curateur que pour intenter une action immobilière ou y défendre, il est évident qu'il peut seul intenter les actions possessoires ou y répondre (2).

Et quant au prodigue, comme il est incapable de plaider sans l'assistance de son conseil, il en résulte qu'il doit être assisté par lui lorsqu'il intente une action possessoire, comme lorsqu'il intente toute autre action quelconque (3).

Pour ce qui concerne la femme mariée, nous avons à établir des distinctions.

Si les époux sont soumis à la communauté légale ou au régime exclusif de communauté, l'action appartient au mari, même quand elle est relative aux biens de la femme, car dans l'un et l'autre cas le mari est l'administrateur légal de ces biens (4).

(1) Art. 450 et 509 du Code civil.
(2) Voir Beline, *Traité de la possession*, p. 289.
(3) Argument de l'art 513 du Code civil.
(4) Art. 1428 et 1531 du Code civil.

Si les époux vivent sous le régime dotal, il faut distinguer les biens constitués en dot, des biens de la femme qui sont paraphernaux. Pour ce qui concerne les premiers, le mari a certainement l'exercice des actions possessoires, puisque l'art. 1549 lui donne formellement le droit d'en poursuivre le débiteur, et lui confère en général des pouvoirs bien plus étendus que ceux d'un mandataire général. Mais les actions possessoires qui se rapportent aux biens paraphernaux, doivent être intentées par la femme autorisée de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice. L'art. 1576 qui conserve à sa femme l'administration et la jouissance des biens paraphernaux, est encore formel à cet égard.

En cas d'absence non encore déclarée, le curateur nommé en vertu de l'art. 112 du Code civil intentera les actions possessoires. Si l'absence a été déclarée, ceux qui ont été envoyés en possession provisoire des biens auront qualité pour intenter les actions possessoires de l'absent, car l'art. 134 leur accorde l'exercice de toutes ses actions.

126. D'après le droit romain, les actions possessoires ne pouvaient s'intenter que contre l'auteur du trouble ou de la spoliation, et non pas contre les tiers possesseurs; de plus, les héritiers n'étaient pas tenus du fait de trouble de leur auteur, et si eux-mêmes ne contestaient pas la possession, l'interdit *uti possidetis* ne pouvait les atteindre, car il exige que la possession soit contestée entre parties. Quant à l'interdit *unde vi*, les héritiers n'en étaient pas tenus davantage, puisque un héritier en général ne répond pas du délit de son auteur. Mais dans tous les cas ils étaient tenus en vertu du principe qu'on ne peut s'enrichir *cum alterius detrimento et injuria*, s'ils s'étaient enrichis par les faits de trouble et de spoliation.

En droit français, l'action n'est pas uniquement donnée contre l'auteur du trouble ou de la spoliation. En cas de dessaisine, lorsque le possesseur peut prouver une possession annale, il pourra l'intenter non seulement contre l'héritier du spoliateur ou de l'auteur du trouble, car l'héritier est civilement responsable du fait de son auteur, mais encore contre le tiers acquéreur à titre particulier, contre le possesseur quel qu'il soit, de bonne ou de mau-

vaise foi. Le droit canon, comme nous l'avons vu, avait déjà étendu l'action au tiers possesseur de mauvaise foi; mais le droit français est allé plus loin, et cela provient de ce que la prescription annale était dans son principe une prescription qui donnait la propriété. Celui qui pouvait l'invoquer avait donc une action contre tous. A partir du XIIIe siècle, les droits de la propriété furent réservés; mais la possession annale n'en demeura pas moins un droit réel, primé toutefois par les droits de propriété, quoiqu'on ne puisse, au possessoire, exciper de ces droits (1).

En cas de dessaisine, la complainte se donne donc contre les tiers possesseurs. Mais, d'après ce que nous avons dit plus haut en traitant de la réintégrande, quand il y a eu violence et voie de fait, le possesseur annal a réellement deux actions, car la violence implique dessaisine. Il a contre le tiers possesseur la complainte tendant à le faire rétablir dans sa possession, et il a la réintégrande contre l'auteur de la spoliation, et contre les héritiers qui sont personnellement responsables des dommages causés par le fait de leur auteur, tandis que le tiers possesseur n'est obligé qu'à restituer la chose, mais ne saurait être responsable du fait de la spoliation.

A défaut de possession annale, le spolié ne peut agir que contre le spoliateur et ses héritiers, et contre le tiers possesseur de mauvaise foi, et l'action conserve, comme en droit romain, et malgré l'extension qui y fut donnée par le droit canon, un caractère personnel, car ce n'est que la prescription annale qui lui a imprimé le caractère de réalité.

127. L'art. 25 du Code de procédure porte : le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés, ce qui veut dire, non-seulement que les deux actions ne peuvent pas être intentées ensemble, devant le même juge, car le juge de paix serait incompétent pour connaître du fond du droit, et le juge ordinaire le serait pour connaître de la possession en premier ressort, mais encore, que *les deux actions ne peuvent être instruites ni jugées simultanément,* même devant les juges respectivement compétents.

(1) Duranton, T. II, n° 245.

Le législateur, considérant combien était grande l'importance de la possession dans une action revendicatoire, n'a pas voulu que la question de propriété fût jugée avant celle de la possession. Tel est le motif de l'art. 25.

Rien de plus juste, rien de plus utile que ce principe. Aussi avait-il été également reconnu par le droit romain, qui le mettait cependant en pratique par d'autres voies que le droit français. Le droit romain, pour arriver à la décision préalable du possessoire, autorisait le demandeur, qui avait introduit l'instance en revendication, à retourner au possessoire, soit en intentant l'interdit *uti possidetis,* soit en intentant l'interdit *unde vi* (1) De plus, le juge du pétitoire, lorsque les parties se contestaient la possession, pouvait les renvoyer devant le juge du possessoire, qui devait vider ce premier débat (2).

En droit moderne, lorsque le demandeur se pourvoit d'abord au pétitoire, aucun débat sur la possession ne peut plus être soulevé par lui; en ce cas, en vertu d'une présomption *juris et de jure,* il est censé avoir renoncé à la possession. L'art. 26 du Code de procédure porte que le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire. Mais, comme la perte d'un droit ne doit pas facilement se présumer, l'art. 26 a été justement critiqué par plusieurs commentateurs. Le droit romain qui n'admet pas cette présomption et qui veut cependant que le débat sur la possession soit vidé avant que celui sur la propriété s'engage, paraît plus conforme aux véritables principes du droit et de l'équité.

Quoi qu'il en soit, l'art. 26 du Code de procédure apparaît dans la loi comme une conséquence du principe que la possession doit être jugée avant la question de propriété. Cette conséquence est un peu forcée sans doute, mais toujours est-il que c'est dans l'intérêt de ce principe que l'art. 26 a été rédigé.

L'art. 27 du Code de procédure est une conséquence plus naturelle du même principe : « Le défendeur au possessoire, dit cet article, ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après que l'instance au possessoire aura été terminée. »

(1) L. 1, § 12; D. XLI, 2; — L. 18, § 3, D. XLIII, 16.
(2) L. 1, §§ 2 et 3, D. XLIII, 17. — Voir plus haut, n° 58.

Remarquons que si le défendeur au possessoire ne peut se pourvoir au pétitoire, il n'en résulte pas que celui qui est défendeur au pétitoire ne puisse se pourvoir au possessoire, et demander qu'il soit sursis à la revendication jusqu'à ce que les prétentions qu'il a à faire valoir au possessoire aient été jugées. Le pourvoi ne contrarierait nullement le principe que la question de possession doit être décidée avant celle de propriété. L'assignation devant le juge du pétitoire n'emporte renonciation à la possession que de la part du demandeur (art. 26); donc le défendeur au pétitoire est et demeure possesseur; et s'il en est ainsi, pourquoi ce défendeur ne pourrait-il assigner au possessoire le demandeur au pétitoire pour se faire payer les dommages-intérêts résultant d'un trouble possessoire? Il n'existe aucun motif pour refuser ce droit au défendeur, et tous les motifs concourent pour le lui accorder. D'abord, s'il prouve qu'il est possesseur annal, l'action en complainte contre le demandeur en revendication qui l'aurait troublé dans sa possession, est fondée et demeure fondée, si elle est intentée dans l'année du trouble, car on ne saurait admettre le contraire sans arriver à cette singulière conséquence, que l'auteur d'un trouble ou d'une spoliation pourrait priver le possesseur de son action, à la seule condition d'intenter contre lui la revendication. Donc, si le demandeur au pétitoire, par cela seul qu'il a intenté la revendication, est censé avoir renoncé à la possession et ne peut plus saisir le juge du possessoire, il ne s'ensuit pas que celui qui est défendeur au pétitoire, ne puisse demander qu'il soit sursis à l'action en revendication, en attendant qu'il intente la complainte, soit pour des troubles antérieurs à l'instance au pétitoire, soit pour des troubles commis pendant cette instance (1).

Nous pouvons donc résumer les cas d'application de la règle que le possessoire et le pétitoire ne peuvent se cumuler, dans les propositions qui suivent :

Je me constitue demandeur au pétitoire : dans ce cas je ne puis déserter le pétitoire pour recourir au possessoire (art. 26), mais le

(1) Comp. Arrêt de la Cour de cassation de France du 5 août 1845 (Sirey-Devilleneuve, 1846, I, p. 46).

défendeur le peut, en demandant qu'il soit sursis au jugement sur la propriété.

On s'était demandé si le juge saisi de la revendication ne pouvait pas, à cause de la connexité, connaître de la complainte formée par le défendeur, et Henrion de Pansey avait répondu affirmativement; mais aujourd'hui cette question est généralement décidée dans le sens de la négative, car 1° ce serait confondre le possessoire et le pétitoire, et 2° la connexité ou la litispendance ne saurait autoriser une dérogation aux principes de la compétence, lorsque l'incompétence, comme dans l'espèce, est établie *ratione materiae*.

Je suis demandeur au possessoire : dans ce cas je dois attendre le jugement au possessoire avant de recourir au pétitoire, ou me désister formellement de ma demande, et établir ainsi le défendeur possesseur par une présomption *juris et de jure*, mais je ne puis pas saisir en même temps deux juges, l'un de la question de possession, l'autre de la question de propriété.

Voilà pour le demandeur au possessoire. Quant au défendeur, l'art. 27 ne lui permet pas de se pourvoir au pétitoire avant que l'instance sur la possession ait été terminée. Par conséquent, si la personne assignée devant un juge de paix du chef d'un trouble possessoire, assignait le demandeur devant le juge ordinaire, se fondant sur son droit de propriété, ce dernier pourrait repousser la demande par une exception dilatoire, fondée sur ce que la question de possession est pendante et n'a pas encore été jugée. L'assignation donnée par le défendeur au possessoire ne serait cependant pas nulle, car l'art. 1030 du Code de procédure veut qu'on ne déclare nul aucun exploit quand la loi n'en prononce pas la nullité, et par conséquent l'assignation aurait pour effet d'interrompre la prescription de la propriété qu'aurait pu invoquer celui qui forme complainte, et qui à son tour a été assigné devant le juge de la propriété (art. 2244).

L'art. 27 du Code de procédure déclare le défendeur au possessoire non recevable au pétitoire, non-seulement alors que la possession n'a pas été jugée, mais encore si elle est jugée contre lui, et qu'il n'ait pas encore satisfait aux condamnations qu'il a

encourues. Toutefois, pour que le demandeur lui-même, en apportant un retard calculé à la liquidation des condamnations prononcées à son profit, ne puisse empêcher le défendeur condamné, dans la poursuite de ses droits de propriété, l'art. 27 autorise le juge du pétitoire à fixer un délai après lequel l'action au pétitoire sera reçue au cas où les condamnations n'auraient pas été liquidées, comme au cas où elles l'auraient été.

LA REVENDICATION

ET L'ACTION PUBLICIENNE.

DE LA REVENDICATION.

Sommaire.

1. Définition. — Signification des mots *rei vindicatio* et *actio in rem.*
2. Conditions requises pour qu'on puisse intenter la revendication.
3. Dans quels cas a-t-on, sans être propriétaire, une *rei vindicatio utilis?*
4. De la règle que le demandeur en revendication doit être propriétaire au moment de la litiscontestation, et le rester jusqu'au jugement.
5. Si en général la revendication est intentée par le propriétaire qui ne possède pas, on ne saurait cependant faire de la perte de la possession une condition absolue de la revendication. — Explication du § 2, Inst. IV, 6.
6. Suite. — Erreurs commises par différents auteurs dans l'interprétation du même § 2, Inst. IV, 6.
7. Qui est passible de l'action en revendication.
8. Décision contenue à la L. 8, D. VI, 1.
9. De la revendication intentée contre le simple détenteur de la chose. — Si celui-ci ne nomme pas son auteur, doit-il être considéré comme *fictus possessor, qui dolo liti se obtulit ac si possideret?*
10. De la *ficta possessio.* — Quand est-on passible de l'action en revendication, sans posséder et même sans détenir la chose?
11. Du défendeur qui n'a acquis la possession qu'après la litiscontestation; et de celui qui l'a perdue depuis ce moment.
12. De celui qui possède la chose d'autrui, transformée ou unie à sa chose.
13. Quelles choses peuvent être revendiquées?
14. Du principe *meum est quod ex re mea superest.* — Peut-on, si les fruits existent entre les mains du possesseur de bonne foi, les revendiquer par une action spéciale, après la restitution volontaire de la chose principale? — Controverse.
15. Lorsque la chose principale a été restituée en vertu d'un jugement, on ne peut plus demander les fruits, si cette restitution n'a pas été ordonnée dans le jugement même.
16. Toutefois, si la restitution des fruits perçus depuis la litiscontestation

n'est pas ordonnée par jugement, le demandeur, lors même qu'il ne les avait pas demandés, peut se pourvoir en appel. Il ne le pourrait s'il s'agissait de fruits perçus avant la litiscontestation, et dont la restitution n'aurait pas été formellement demandée.

17. Lorsque la chose principale est prescrite, aucune réclamation ne peut être élevée quant aux accessoires.

18. De la demeure considérée comme cause des obligations du défendeur. — Doctrine de Muhlenbruch.

19. C'est à tort qu'on a attaché à toute possession de mauvaise foi les effets rigoureux de la demeure. — Distinctions qu'il faut faire entre les differents possesseurs quand il s'agit de ces effets.

20. De quoi est tenu le défendeur, lorsque pendant l'instance il aliène la chose revendiquée ou les fruits?

21. Les héritiers du possesseur sont-ils tenus de l'action en revendication?

22. De l'exécution du jugement qui ordonne la restitution de la chose. — Comment et en quel lieu la chose doit être restituée.

23. Le demandeur en revendication doit prouver : 1° que le défendeur possède. — Effets de la fausse dénégation opposée par le défendeur.

24. Il doit prouver 2° qu'il est propriétaire. La preuve d'un titre suffit-elle à cet effet, ou bien faut-il, lorsqu'on se fonde sur un mode dérivé d'acquisition, prouver le *dominium auctoris?* — Controverse.

25. Suite.

26. Lorsque la copropriété du demandeur qui revendique la propriété exclusive d'un objet, est prouvée, doit-il être présumé propriétaire pour le tout, de telle sorte que le défendeur aurait à prouver sa copropriété, ou bien le défendeur doit-il être présumé copropriétaire jusqu'à ce que le demandeur ait prouvé sa propriété exclusive?

27. Le demandeur qui a déjà intenté la revendication, peut-il l'intenter derechef contre le même possesseur et pour le même objet. — Distinction. — Controverse.

28. Des exceptions que le défendeur peut opposer au demandeur.

29. Le possesseur de bonne foi n'a-t-il aucune action pour réclamer les impenses? — Opinion de Cujas.

30. Cas où il y a lieu à l'exception *rei venditae et traditae.*

31. Du caractère réel de cette exception et de son origine.

32. Du rapport entre cette exception et la garantie pour cause d'éviction. — De la règle *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

33. Rapports entre l'exception *doli* et l'exception *rei venditae et traditae.*

---

1. L'action en revendication est une action *in rem,* par laquelle le propriétaire réclame une chose ou une partie d'une

chose déterminée, avec les accessions, de quiconque la possède ou détient et lui en conteste la propriété; *veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum ejus se esse dicat* (§ 1, Inst. IV, 6).

Les mots *rei vindicatio* ont dans les textes une double signification : dans un sens large ils signifient toute action *in rem*, c'est-à-dire toute action par laquelle on réclame une chose corporelle ou incorporelle, par exemple une servitude, quoique dans ce cas on se serve plus particulièrement du mot *juris vindicatio;* dans le sens propre ils signifient la revendication d'une chose corporelle ou de la propriété *ex jure Quiritium*. C'est cette dernière signification que ces mots ont ici.

Il suit de là que ces mots *actio in rem* ont aussi une double signification : dans le sens large ils s'appliquent à toute espèce de revendication, dans le sens étroit à toute revendication, excepté à celle de la propriété proprement dite, du *dominium ex jure Quiritium*.

2. Pour pouvoir intenter la revendication il faut :

1° Être propriétaire. La *rei vindicatio utilis* ou l'*actio in rem utilis* est cependant donnée dans quelques cas où le demandeur n'est pas propriétaire.

2° Il faut être propriétaire au moment où l'on intente l'action et le demeurer jusqu'au jugement.

3. Les cas dans lesquels, sans être propriétaire, on a une *rei vindicatio utilis* ou une *actio in rem utilis*, peuvent être rangés sous diverses catégories.

La première comprend tous les cas où des priviléges ont été établis au profit de personnes dont les deniers ont servi à des acquisitions faites par les manutenteurs ou les possesseurs de ces derniers. L'*actio utilis* est, dans ces cas, une garantie que la loi a placée à côté de l'action personnelle, et quelquefois même à côté de l'action hypothécaire, pour mieux sauvegarder les droits de certains créanciers. C'est ainsi que le soldat a, à côté de l'*actio mandati* ou *negotiorum gestorum*, la revendication utile de toute chose qui a été acquise avec les deniers qui lui appartenaient, que

ces deniers fissent partie du *peculium castrense* ou non (1). Les personnes placées sous tutelle ou curatelle, ont la même action utile pour revendiquer les choses qui ont été achetées avec leurs deniers (2).

L'action *utilis in rem* concourt alors électivement avec l'action personnelle et l'action hypothécaire, car le pupille et le mineur ont une hypothèque légale générale sur les biens de leur tuteur ou curateur. Par conséquent, au cas où le tuteur achète en son propre nom avec les deniers du pupille, celui-ci a le choix de se faire rendre compte de la somme avec les intérêts, en vertu de l'action *tutelae,* munie d'une hypothèque générale, ou d'intenter l'*actio utilis* pour revendiquer la chose acquise : *Utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse, an legitimas usuras ab eo accipere,* dit la L. 3, C. V, 51. Si le pupille choisit l'action *tutelae,* la chose acquise est frappée d'hypothèque légale; s'il choisit l'*utilis vindicatio,* elle n'est pas frappée d'hypothèque. Cette considération fait tomber l'objection de ceux qui, comme de Loehr, n'ont voulu voir dans l'action mentionnée à la L. 2, D. XXVI, 9, qu'une action hypothécaire, en se fondant sur ce que la revendication conduirait à cette conséquence que le pupille aurait un droit d'hypothèque *in propria re.*

La femme donatrice a une revendication utile pour poursuivre les choses acquises par le mari au moyen des sommes provenant de la donation, et dont la femme était restée propriétaire, vu la nullité de la donation faite pendant le mariage (3). Comme ce droit est exceptionnel, on ne saurait l'étendre au mari du chef des choses que la femme aurait acquises avec les deniers qu'elle tenait du mari à titre de libéralité. La femme a également la *vindicatio utilis,* pour revendiquer les choses que le mari aurait acquises au moyen des sommes constituées en dot (4).

Si dans ces divers cas la *vindicatio* est appelée *utilis,* cette qualification n'est pas purement nominale, mais l'on doit en con-

(1) L. 8, C. III, 3.
(2) L. 2, D. XXVI, 9; — D. 3, C. V, 51.
(3) L. 55, D. XXIV, 1.
(4) L. 26, 27 et 54, D. XXIII, 3.

clure que la revendication directe compète à l'acquéreur qui, en vertu des principes généraux du droit, est propriétaire de la chose, par le motif que c'est en son propre nom qu'elle lui a été acquise et transmise.

Ainsi l'acquéreur a la revendication vis-à-vis des tiers, mais vis-à-vis de la personne privilégiée son droit est primé par l'*utilis vindicatio,* à-peu-près comme la revendication est primée par la publicienne, lorsque le possesseur de bonne foi a acquis la chose du non-propriétaire qui, par la suite, en est devenu propriétaire. — Nous aurons à revenir sur ce point.

Il est un deuxième cas où le non-propriétaire a la revendication contre celui-là même qui est propriétaire, c'est lorsque dans une instance en revendication, le propriétaire, sans avoir la chose revendiquée même, a été obligé d'en recevoir l'estimation, ou bien lorsqu'ayant l'option entre l'estimation faite par le juge et le *juramentum in litem,* il a préféré la dernière alternative. La L. 63, D. VI, 1, dispose comme suit : Si celui qui a été assigné en revendication d'une chose, en perd la possession par sa faute et sans aucun dol, *culpa, non fraude,* si, par exemple, l'esclave revendiqué a pris la fuite, ou si une chose mobilière qu'on réclamait a été volée, le défendeur devra être condamné en l'estimation de la chose. Mais, ajoute le texte, s'il paye l'estimation, il pourra demander au juge que le demandeur lui fasse cession de l'action en revendication; et même si l'esclave rentrait au pouvoir du demandeur qui a reçu l'estimation, le défendeur devrait être protégé dans sa demande. De là plusieurs conséquences :

1° Le défendeur qui perd la possession de la chose *sine fraude,* ne peut être condamné qu'en l'estimation faite par le juge, et non sur le *juramentum in litem* du demandeur (L. 68, D. VI, 1).

2° L'estimation faite par le juge, laisse le demandeur propriétaire *stricto jure,* car il n'obtient pas ce que la chose vaut selon lui, mais seulement ce qu'elle vaut selon l'arbitrage du juge, il ne peut donc pas être censé avoir vendu la chose : *Ab invito domino res nequidem justo pretio comparari potest* (L. 70, D. VI, 1).

3° Et cependant, quoique le demandeur demeure propriétaire *stricto jure,* le défendeur qui a cessé de posséder sans fraude et

qui a payé l'estimation, a une action pour répéter la chose même du demandeur. Cette décision est équitable; car laisser au demandeur la revendication après qu'il a déjà reçu l'estimation, ce serait doubler la perte du défendeur, ce serait lui faire perdre et l'estimation et la chose.

Si pour arriver à l'hypothèse de la L. 46, D. VI, 1, qui lui attribue après le payement de l'estimation, la propriété de la chose, le défendeur a cessé de possédér la chose par son dol, soit avant l'assignation soit pendant l'instance, le demandeur peut réclamer, ou simplement l'estimation qui sera arbitrée par le juge, ou bien un prix qui sera établi par son *juramentum in litem*. La L. 71, D. VI, 1, lui accorde formellement ce choix, et la disposition de ce texte est importante, car elle lie entre elles les L. 46 et 69, D. VI, 1. En effet, si le demandeur préfère l'estimation arbitrée par le juge, il conserve l'action en revendication : c'est à ce cas que se rapporte la L. 69, comme le montre la dernière partie de la L. 68. Si au contraire, le demandeur conclut à être admis au *juramentum in litem,* il est censé avoir cédé la chose au prix qu'il a fixé par son serment, et dans ce cas le défendeur, qui doit payer ce prix, acquiert l'action en revendication. Telle est la disposition textuelle de la L. 46.

La raison de la différence signalée est palpable. Lorsqu'un demandeur est admis au *juramentum in litem,* et qu'il ne préfère pas s'en tenir à l'estimation du juge, il peut faire entrer dans la somme qu'il demande, non seulement la valeur objective de la chose, mais encore la valeur subjective, la valeur qu'elle a pour lui ou le prix d'affection. Or, après avoir obtenu un tel prix, il est impossible que le demandeur ne soit pas complétement désintéressé. Aussi la L. 46 dit-elle : *Transegisse enim cum eo et decidisse videor, eo pretio quod ipse constitui;* je suis censé avoir transigé au prix que j'ai fixé moi-même, donc je suis désintéressé, et l'action en revendication, si la chose existe encore en de tierces mains, doit appartenir à celui qui a payé ce prix. Au cas contraire où le demandeur, comme la L. 71 lui en laisse l'option, a préféré s'en tenir à l'estimation du juge, il est évident qu'il n'a pas obtenu tout ce qu'il peut, tout ce qu'il doit obtenir; car le dol de l'adver-

saire l'autorisait à demander même le prix d'affection par le *juramentum in litem,* et par conséquent l'action en revendication doit lui rester. Le demandeur n'a pas lui-même fixé l'estimation, donc il ne peut pas être censé avoir transigé.

Ainsi, comme nous l'avons dit, un deuxième cas où celui qui *stricto jure* n'est pas propriétaire a l'*utilis vindicatio,* se présente lorsque le demandeur n'avait droit, à cause de l'absence de dol, qu'à l'estimation de la chose et l'a obtenue, ou bien encore lorsque le demandeur qui avait le choix entre l'*estimatio judicis* et le *juramentum,* a opté pour cette dernière alternative. Dans ces deux cas le défendeur a l'action en revendication contre le tiers possesseur si la chose existe encore, ou si celui-ci a cessé de la posséder par son dol.

Un troisième cas, analogue au précédent, est celui où l'acheteur doit payer le prix, quoiqu'il n'obtienne pas la chose parce que celle-ci, par une faute non imputable au vendeur, a échappé à sa surveillance; par exemple la chose vendue a été volée, ou l'esclave a pris la fuite. L'acheteur a l'action en revendication en vertu d'une cession d'action qui se fait *vi legis,* pour des motifs d'équité, comme au cas précédent (L. 35, § 4, D. XVIII, 1).

Enfin un autre cas où sans être propriétaire j'ai cependant le droit d'intenter l'action en revendication, est celui où j'ai acquis de bonne foi une chose de Titius qui n'en était pas propriétaire, mais qui l'est devenu depuis, par exemple parce qu'il l'a acquise du véritable propriétaire par droit d'hérédité. Dans ce cas, si je possède la chose, j'oppose à Titius, qui en est propriétaire, l'exception *rei venditae et traditae.* Si Titius la possède, je puis intenter la publicienne, et s'il excipe de sa propriété, je repousse son exception par la *replicatio rei venditae et traditae* (L. 72, D. VI, 1).

Il en serait de même si j'intentais la publicienne contre un tiers qui aurait acquis la chose de Titius depuis que celui-ci en serait devenu propriétaire, car l'exception *rei venditae et traditae,* qu'on s'en serve par forme d'exception ou par forme de réplique, est réelle et peut être opposée non seulement au vendeur, mais à tous ceux qui tiennent leur droit du vendeur, même à ceux qui le tiennent

à titre particulier (1). L'action que j'ai ici est à proprement parler l'action publicienne, mais elle n'en est pas moins une action *in rem* par laquelle le demandeur, dans l'espèce qui nous occupe, parvient à primer même le droit du propriétaire, qui n'est plus qu'un droit purement nominal, à-peu-près comme l'était le *jus Quiritium* dans les mains de celui qui avait vendu une *res mancipi* par simple tradition.

4. Nous avons requis comme deuxième condition dans la personne du demandeur, qu'il fût propriétaire au moment de la litiscontestation et qu'il continuât de l'être jusqu'au jugement. Si le demandeur, sans avoir été propriétaire au moment de la demande, l'est devenu plus tard, il faut, selon le droit romain, qu'il intente une demande nouvelle, d'après la règle tracée par la L. 23, D. V, 1 : *Non potest videri in judicium venisse id, quod post acceptum judicium accidisset; ideoque alia interpellatione opus est.* Suivant le droit canon, si le demandeur avait dans ses conclusions invoqué un titre particulier de propriété qui alors n'existait pas, il fallait qu'il intentât une nouvelle demande pour être admis à faire valoir des droits acquis depuis la première; si au contraire il n'avait pas déterminé le titre, s'il s'était borné à se prétendre propriétaire en offrant de le prouver, il n'était plus nécessaire qu'il intentât une seconde demande.

Si le demandeur cesse d'être propriétaire, il cesse d'être demandeur. Mais si le demandeur a fourni la preuve de la propriété, c'est au défendeur à prouver qu'il a cessé d'être propriétaire. Il suit de là que celui qui a une propriété révocable, résoluble, peut intenter la demande tant que la propriété n'est pas révoquée ou résolue, car il est propriétaire. Mais celui qui a une propriété dépendant d'une condition suspensive, ne peut pas l'intenter, car il n'est pas propriétaire. Par ce motif le mari a, pendant le mariage, la revendication des choses dotales, et la femme ne l'a pas, car elle n'a qu'une expectative (2).

(1) V. L. 3, D. XXI, 3. — Plus loin nous rechercherons pour quels motifs cette exception était réelle (n° 31).

(2) V. L. 24, D. XXV, 2; — L. 9, C. III, 32.

5. Quelques auteurs mentionnent comme troisième condition requise pour pouvoir intenter la revendication, celle de ne pas posséder la chose que l'on revendique (1). A la fin du § 2, Inst. IV, 6, cette condition paraît en effet requise, mais le texte ajoute qu'il y a cependant une exception. D'un autre côté, à voir la L. 1, § 6, D. XLIII, 17, cette condition semble nécessaire, tandis que d'après la L. 12, § 1, D. XLI, 2, elle paraît ne point l'être.

Au § 2 des Institutes, Justinien, après avoir dit au § 1 *in fine*, que la revendication est intentée par le propriétaire contre celui qui possède, revient sur la même idée pour comparer la revendication, c'est-à-dire l'action *in rem* qui a pour objet la contestation sur une chose corporelle, avec les actions *in rem* qui naissent d'un droit de servitude : la différence principale qu'il signale consiste à dire que dans la contestation sur la propriété, c'est-à-dire dans la revendication proprement dite, l'*intentio* doit toujours être *confessoria;* que par conséquent le demandeur doit prétendre que la chose lui appartient, et qu'il ne suffit pas de prétendre que la chose n'appartient pas à l'adversaire, ainsi que cela suffit lorsque le propriétaire dénie à quelqu'un une servitude sur son fonds, soit un droit de passage, soit le droit d'user ou de jouir : *Istae quoque actiones,* dit Justinien en parlant des actions négatoires, *in rem sunt, sed negativae. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est : nam in his is agit qui non possidet, ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.* Puis il ajoute, *sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

Ici se présentent tout d'abord deux questions :

1° Quel est le sens et l'extension du mot *possidere, possessor,* lorsque ces mots désignent le rôle du défendeur?

2° Quel est cet *unus casus* auquel le texte des Institutes fait allusion?

Les mots *possidere, possessor,* quand ils désignent le rôle du

(1) V. Glück, T. VIII, p. 138.

défendeur dans la revendication, s'appliquent tant à celui qui possède *ad interdicta,* qu'à celui qui n'a qu'une simple détention (1). Ainsi Ulpien, à la L. 9, D. VI, 1, après avoir critiqué l'opinion de Pegatus qui semblait vouloir soumettre à la revendication seulement celui qui possédait *ad interdicta,* établit la règle que tous ceux qui détiennent la chose et qui ont la faculté de la restituer, sont soumis à cette action, *puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse.* Par conséquent, non seulement le possesseur peut être poursuivi par l'action en revendication, mais aussi le détenteur, qui doit souffrir l'action aussi bien lorsque le propriétaire est celui au nom de qui il détient, que lorsque ce propriétaire est un tiers; la L. 9, en effet, ne distingue pas. Or, si le propriétaire qui intente l'action, est celui au nom de qui la détention est exercée, il est évident que l'action en revendication est intentée par le propriétaire qui possède, contre le détenteur qui détient en son nom.

Par conséquent, pour répondre à la seconde question, il suffit de rapprocher le § 2, Inst. IV, 6, de la L. 9, D. VI, 1, car ce simple rapprochement fait voir que l'*unus casus* est celui où l'action est intentée par le propriétaire contre un détenteur qui possède en son nom, comme l'a déjà fait remarquer Accurse. Supposez par exemple qu'une chose ait été déposée ou donnée en prêt; le déposant ou le prêteur a deux actions, l'action *commodati* ou *depositi,* et la revendication, Or, il se peut que le prêt ou le dépôt étant pour eux plus difficile à prouver que la propriété, ils préfèrent intenter la revendication. Il se peut aussi que l'action *commodati* soit déjà prescrite. Si le prêt est fait pour un certain temps, ce temps expiré, l'action *commodati* est née, et à partir de ce moment elle est prescriptible; or, après trente ans, plus d'*actio commodati,* tandis que la revendication subsisterait aussi longtemps que le commodataire n'aurait pas interverti sa possession (2).

Il se peut aussi que le propriétaire n'ait contre le détenteur

(1) Comp. le n° 4 *de la Possession.*

(2) Comp. Pothier, *du Commodat,* n° 49.

d'autre action que la revendication. Tel est le cas du nu-propriétaire qui à la fin de l'usufruit revendique la chose, ou bien qui la revendique parce que l'usufruitier n'a pas fourni la caution qu'il devait (L. 7, D. VII, 9).

Du reste, lorsqu'on compare la L. 6, § 1, D. XLIII, 17, avec la L. 12, § 1, D. XLI, 2, on voit que si en règle générale, celui qui possède la chose, ne peut intenter la revendication, il le peut cependant lorsque la possession est contestée. Car, comme le propriétaire a le droit de posséder, il s'ensuit que celui qui conteste la possession, conteste aussi la propriété, et tel est le motif pour lequel le propriétaire en pareil cas, a deux actions, l'action en revendication et l'*interdictum uti possidetis;* et cela de telle sorte que celui qui a déjà intenté la revendication peut, suivant la L. 12, § 1, D. XLI, 2, abandonner cette instance pour se pourvoir encore préalablement au possessoire.

De tous ces textes ensemble comparés il suit, que si dans la plupart des cas la revendication est intentée par le propriétaire qui ne possède pas, attendu que dans le cas où il possède il lui est plus avantageux, à cause du fardeau de la preuve, de recourir aux actions possessoires, on ne saurait cependant faire de la perte de la possession une condition absolue de la revendication. C'est ce que prouve incontestablement la L. 12, § 1, D. XLI, 2, lorsqu'elle dit : *Et ideo non denegatur interdictum uti possidetis ei qui coepit rem vindicare.*

Aussi quand on examine bien le § 2, Inst. IV, 6, et la L. 1, § 6, D. XLIII, 17, on n'y trouve plus de contradiction.

Le § 2 Inst. dit bien : *Is agit qui non possidet,* mais il ne dit pas *qui possidet non agit,* il dit seulement que celui qui possède ne peut pas agir à l'effet de faire déclarer l'adversaire non propriétaire; par conséquent, celui qui possède peut agir à l'effet de se faire déclarer propriétaire contre celui qui lui conteste sa possession, ou contre celui qui détient la chose en son nom et la lui conteste.

D'un autre côté, si la L. 1, § 6, D. XLIII, 17, dit que l'interdit *uti possidetis* protège le possesseur, et qu'aucune action n'est donnée au possesseur parce que la possession doit suffire : *Quippè*

sufficit ei quod possideat, il est facile de voir par ces derniers termes que l'action n'est refusée qu'à celui dont la possession n'est pas contestée, car tout le sens de la loi se réduit à ceci : celui qui se voit menacé dans sa possession, celui dont la possession est contestée, a l'interdit *uti possidetis,* et celui dont la possession n'est pas contestée, celui qui est reconnu possesseur, mais dont le droit de propriété est contesté, n'a aucune action, parce que la possession lui suffit. En effet la possession que nous avons, met celui qui nous conteste la propriété dans le cas de devoir se constituer demandeur en revendication, et de prouver qu'il est propriétaire, car celui qui est reconnu possesseur n'a pas besoin de prouver que son contradicteur n'est pas propriétaire.

Tel est le sens des différents textes que nous venons d'analyser. En voici les conséquences :

1° En règle générale, il est vrai de dire que le propriétaire qui possède n'a pas d'action en revendication, car si sa possession est incontestée, il n'y a nul intérêt; que si l'on conteste à celui qui est reconnu possesseur, ses droits de propriété, il n'a pas d'action non plus, c'est au contradicteur à prouver qu'il est propriétaire.

2° Par exception cependant, le propriétaire qui possède peut intenter la revendication contre celui qui détient en son nom. C'est le *unus casus* du § 2, Inst. IV, 6.

3° Que si la possession du propriétaire est contestée, il peut bien intenter la revendication, mais la question de possession doit être réglée au préalable.

6. Divers auteurs ont essayé de donner des interprétations du § 2, Inst. IV, 6, différentes de celle que nous venons d'exposer. Il nous reste à voir ces interprétations, et à donner les motifs pour lesquels nous les avons rejetées.

Mühlenbruch dit (§ 138, n° 4) que Justinien dans ces paroles : *Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes sustinet,* a eu en vue l'action *negatoria servitutis,* donnée même contre les personnes qui n'élèvent pas la moindre prétention contre notre droit de propriété ou de possession, dans des cas où la possession par conséquent reste entière et incontestée au demandeur (1). Mais il

(1) Il renvoie aux L. 13, 14 et 17, D. VIII, 5, et L. 6, § 2, D. XLVII, 7.

suffit de faire remarquer que l'exception indiquée au § 2, Inst. IV, 6, ne peut d'après la construction grammaticale, se rapporter qu'à la contestation sur la propriété, et non à l'action par laquelle on revendique ou conteste un droit de servitude, car c'est de cette contestation qu'il a été question dans la phrase précédente.

Quant à l'interprétation présentée par Donellus dans son commentaire sur ce titre des Institutes, et qui consiste à lire au § 2, Inst. IV, 6, *non uno casu*, il est inutile de nous y arrêter, parce que ni aucun manuscrit, ni la paraphrase de Théophile ne viennent à l'appui d'un changement de texte quelconque.

Enfin quant à l'opinion de Doujat (1), qui semble avoir rencontré le plus de partisans, elle consiste à dire que celui à qui sa chose a été restituée sans action, peut intenter la revendication pour obtenir les choses accessoires qui auraient dû l'accompagner; d'où ce jurisconsulte a conclu qu'en ce cas le propriétaire, quoique possesseur, pouvait intenter la revendication.

Mais, tout en accordant que celui qui a obtenu, sans avoir intenté une action, la chose qui devait lui être restituée, a une action pour demander les accessoires (2), tout en accordant cette prémisse, nous disons qu'on n'est pas fondé à en tirer la conséquence que le propriétaire qui possède, a en pareil cas l'action en revendication. Car ce qu'il possède, c'est la chose principale, ce qu'il ne possède pas, ce sont les accessoires. Or, il est évident qu'il n'a l'action que pour les accessoires, pour les choses qu'il ne possède pas; et par conséquent le cas que Justinien a en vue, n'est pas celui signalé par Doujat.

7. Pour être passible de l'action en revendication, il faut ou bien posséder la chose ou la détenir (L. 9, D. VI, 1), ou enfin avoir commis à l'égard du demandeur un dol qui fasse envisager l'auteur de ce dol comme s'il possédait la chose, d'après la règle exprimée à la L. 131, D. L, 17 : *Dolus pro possessione est.*

8. La L. 8, D. VI, 1, est ainsi conçue : Si Titius et Sempronius possèdent chacun pour une moitié par indivis un héritage qui

(1) *Diss. de uno casu*, dans le *Théophile*, édition Reitz, p. 1222.
(2) L. 3, § 1, D. XIII, 6; — L. 1, § 16, D. XVI, 3; — L. 27, D. XLVI, 3.

appartient par moitiés indivises à Titius et à moi, j'ai contre Sempronius seul l'action en revendication, parce que Sempronius possède ce qui m'appartient. Si cependant Sempronius et Titius, ayant opéré le partage, possédaient chacun des parties déterminées du fonds, comme ce partage ne peut me lier, et que j'ai à réclamer une moitié indivise, laquelle s'étend sur toutes les parties matérielles du fonds, il s'ensuivrait que je devrais actionner Titius et Sempronius pour obtenir de chacun une moitié indivise de sa part, ensemble une moitié indivise des deux fonds.

9. D'après la L. 9, D. VI, 1, l'action en revendication peut être intentée contre le détenteur tout aussi bien que contre le possesseur proprement dit. Toutefois, si le demandeur connaît le possesseur, il lui est plus avantageux de s'adresser à lui, et d'intenter contre lui l'action en revendication. D'abord il interrompra de suite la prescription de ce possesseur; en outre il ne s'exposera pas à avoir deux procès pour un, car si le demandeur s'adresse au détenteur et que celui-ci ne nomme pas le possesseur au nom duquel il détient, le jugement qui interviendra ne liera pas ce possesseur. Celui-ci pourra donc, à son tour, actionner le demandeur qui a triomphé du simple détenteur. Le premier procès aurait cependant eu pour effet de faire perdre au véritable possesseur l'avantage de la défense.

Il y a donc des inconvénients et pour le demandeur et pour le véritable possesseur, à ce qu'une instance soit intentée, et surtout à ce qu'elle soit suivie contre un simple détenteur. C'est pour y remédier que dans la L. 2, C. III, 19, Constantin a imposé au détenteur poursuivi en revendication, l'obligation de nommer son auteur, et au juge l'obligation de lui en faire la demande. S'il le nomme, le juge fera citer cet auteur pour venir remplacer, dans le délai déterminé, le détenteur dans le rôle de la défense. S'il fait défaut, le juge, après une connaissance sommaire, pourra adjuger la possession au demandeur. Du reste, que l'auteur appelé comparaisse ou non, le premier appel aura eu déjà pour effet d'interrompre la prescription; et le défaut lui aura enlevé les avantages de la possession qui est transférée au demandeur.

Cette loi ne statue rien sur le cas où le détenteur n'aura pas

nommé son auteur. Dans ce cas deux hypothèses sont possibles : ou bien cet auteur, quoique non nommé, est connu avant la fin du procès, et alors il pourra toujours être cité ou se présenter pour se defendre, et faire condamner dans tous les cas le détenteur qui ne l'a pas nommé, aux frais qui ont été inutilement causés, car la loi lui imposait l'obligation de nommer son auteur; ou bien le procès se poursuit et se décide sans que l'auteur soit connu, et alors le jugement devra s'exécuter, car d'après la L. 9, D. VI, 1, l'action peut s'intenter contre le détenteur, contre celui qui a la faculté de restituer, et la restitution devra se faire par lui.

Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, le jugement intervenu entre le demandeur et le détenteur, ne liera pas le véritable possesseur. Ce possesseur pourra intenter la revendication contre le demandeur qui a triomphé, sans que celui-ci puisse lui opposer l'exception *rei judicatae,* car le jugement est, quant au véritable possesseur, *res inter alios acta.* De plus, le véritable possesseur aura contre le détenteur qui s'est laissé condamner sans avoir fait la *nominatio auctoris,* l'action *ex contractu,* l'action *locati* par exemple, pour le faire condamner aux dommages et intérêts, si comme demandeur il échoue sur une question où il aurait pu triompher comme défendeur, ou s'il essuie un préjudice quelconque.

Telle est la solution qu'il faut donner à cette question. Glück et Fritz se sont donc trompés lorsqu'ils ont voulu faire considérer le détenteur qui ne nomme pas son auteur, comme *fictus possessor, qui dolo liti se obtulit ac si possideret.* Il n'est jamais *fictus possessor,* parce qu'il est détenteur et qu'il a la faculté de restituer. Du reste, pour qu'il dût être condamné comme *fictus possessor,* il faudrait supposer que déjà avant le jugement l'auteur fût connu. Or, s'il est connu, quoi de plus naturel que de le faire appeler pour présenter la défense, et de faire supporter les frais inutilement faits par le détenteur qui ne l'a pas nommé. S'il n'est pas connu avant le jugement, il faut que celui-ci se rende et s'exécute contre le détenteur au cas où la demande est fondée, sauf les droits du véritable possesseur et les indemnités qui peuvent lui être dues par le détenteur qui ne l'a pas nommé, qui ne s'est pas conformé à l'obligation que lui impose la L. 2, C. III, 19.

10. On peut être passible de l'action en revendication sans posséder et même sans détenir la chose, lorsque par son dol on a nui au demandeur, on a paralysé son action : *dolus pro possessione est.* Cette maxime reçoit son application dans les deux cas que voici, et qui constituent ce qu'on appelle la *ficta possessio :*

a. Si quelqu'un se dit possesseur d'une chose qu'il ne possède pas et que je veux revendiquer, il est responsable du dommage qui peut résulter pour moi de cette fausse assertion, de ce dol, à moins qu'il ne soit démontré à l'évidence que l'absence de possession m'était parfaitement connue, ou que le prétendu possesseur n'ait rétracté son assertion mensongère avant d'avoir été cité et à une époque où cette assertion pouvait être retirée sans préjudice pour moi; car si entre l'assertion et la rétractation j'avais, par suite de l'erreur où l'on m'aurait induit, négligé de rechercher le véritable possesseur, et que celui-ci eût dans l'intervalle acquis la chose par prescription, celui qui m'aurait trompé pourrait néanmoins être poursuivi et condamné comme possesseur, eût-il fait l'aveu de son mensonge même avant la contestation du litige (1). Dans tous les cas celui qui s'est présenté sur l'assignation comme possesseur, et qui a trompé le demandeur, doit être considéré et condamné comme tel à tous les dommages-intérêts envers le demandeur, et si dans la suite le véritable possesseur est connu, l'action contre celui-ci reste sauve (2).

b. Le deuxième cas de *ficta possessio* est exprimé pas la règle que nous trouvons énoncée en ces termes à la L. 157, D. L, 17 : *Semper qui dolo fecit quominus haberet, pro eo habendus est ac si haberet.* Celui qui, étant possesseur d'une chose, cherche à s'en défaire pour en rendre au propriétaire la revendication impossible, est à cause de ce dol envisagé comme possesseur, et le propriétaire aura contre lui l'*actio in rem* ou l'*actio ad exhibendum* (3). Le propriétaire d'après la L. 71, D. VI, 1, aura le choix de poursuivre contre un tel possesseur, soit l'estimation de la chose sui-

(1) L. 25, 26 et 27, D. VI, 1; — L. 45, D. V, 3.
(2) L. 45, D. V, 3; — L. 7, D. VI, 1.
(3) L. 27, § 3, D. VI, 1; — L. 9 pr., D. X, 4; — L. 1, § 2, D. XLVII, 3.

vant l'*arbitrium judicis*, soit la valeur fixée par son propre serment, le *juramentum in litem*.

Ainsi, quand un possesseur, eût-il été de bonne foi dans le principe de sa possession, cesse de posséder par dol, il se rend passible de condamnation comme s'il possédait encore, soit qu'il ait aliéné secrètement la chose, soit qu'il l'ait transformée en une autre espèce ou unie inséparablement à une autre chose, car de cette dernière manière il cesse de la posséder dans la *species* où elle peut être revendiquée, attendu que les choses irrévocablement transformées ou unies à une autre, sont *res extinctae* et comme telles non susceptibles de revendication.

Lorsque le possesseur a perdu la possession de la chose, non pas en la transformant, en la détruisant dans son espèce, mais en l'aliénant frauduleusement, le propriétaire a deux actions, la revendication de la chose contre le *verus possessor*, et la poursuite de l'estimation contre le *fictus possessor*. De là est née la question de savoir si ces deux actions concourent électivement ou cumulativement, question que des auteurs décident en ce sens, que si le demandeur intente la revendication contre le *verus possessor*, il ne peut plus intenter d'action contre le *fictus possessor*, car alors il est complétement désintéressé, que si au contraire il a agi d'abord contre le *fictus possessor*, il pourra agir contre le *verus possessor*. Cette solution est incontestable pour le premier cas (1); elle ne l'est point pour le cas où le propriétaire a d'abord agi contre le *fictus possessor*, car ici il y a à faire une distinction indiquée par les textes. Dans le cas où j'agis contre le *fictus possessor*, je puis, suivant la L. 71, D. VI, 1, demander soit l'estimation et les dommages et intérêts à arbitrer par le juge, soit l'estimation et les dommages intérêts fixés par mon *juramentum in litem*. Si j'obtiens l'estimation ou les dommages et intérêts arbitrés par le juge, pareille estimation n'équivaut pas à la vente; donc, je conserve la revendication contre le véritable possesseur; je ne suis pas obligé de faire la cession de l'action au *fictus possessor* qui a été condamné. C'est le cas de la L. 69, D. VI, 1, et de la

(1) L. 13, § 14, D. V, 3; — L. 95, § 9, D. XLVI, 3.

L. 7, D. *eod* (1). Si au contraire j'ai obtenu l'estimation et les dommages et intérêts fixés par mon propre serment, la L. 46, D. VI, 1 me refuse toute action contre le *verus possessor*, l'estimation que j'ai reçue m'a complétement désintéressé, je suis censé avoir cédé tous mes droits sur la chose (Voir n° 3).

L'action que le propriétaire a contre celui qui a cessé de posséder par son dol, n'est pas donnée contre les héritiers, en droit romain nul héritier n'étant tenu du dol commis par son auteur en-dehors des relations contractuelles; mais ceux-ci sont cependant tenus, s'ils sont enrichis par ce dol, de l'action *in factum* dont est tenue toute personne enrichie *cum alterius detrimento et injuriâ* (L. 52, D. VI, 1).

11. Pour que l'action en revendication soit donnée contre le possesseur, il n'est pas nécessaire que celui-ci possède déjà au moment de la litiscontestation. Si, quoique non possesseur alors, il acquérait la possession avant le jugement, il pourrait être valablement condamné (L. 27, § 1, D. VI, 1).

Quant à la question de savoir si celui qui a possédé au moment de la litiscontestation, mais qui depuis lors a cessé de posséder, est passible d'une condamnation, Mühlenbruch (§ 273, note 20), se fondant sur la même L. 27, D. VI, 1, prétend que s'il est possesseur de bonne foi et qu'il ait cessé de posséder *sans dol*, il doit être absous. Toutefois, il suffit de comparer ce texte avec la L. 63, D. VI, 1, pour se convaincre que le possesseur de bonne foi, une fois assigné, ne peut être absous lorsqu'il a perdu la possession par sa faute. S'il y a faute, il est condamné en l'estimation arbitrée par le juge; mais dans ce cas, comme nous l'avons vu plus haut, bien que l'estimation faite par le juge ne puisse pas équipoller à la vente, le défendeur condamné acquiert, à cause de sa bonne foi et quoique non propriétaire, l'*utilis vindicatio, aequitatis causâ*.

(1) Ne faut-il pas restreindre l'application des L. 68 et 69, D. VI, 1, au cas où il est désobéi à un jugement qui ordonne la restitution, et dire qu'alors la cession d'action ne doit pas être faite, même au *fictus possessor* condamné sur le *juramentum in litem*, tandis que la L. 46, D. *eod.*, se rapporte au cas où avant ou pendant l'instance, on a cessé de posséder *dolo?* (*Note de l'auteur, postérieure à la rédaction du texte*).

Il y a quelque chose de contradictoire à dire, comme Mühlenbruch, que celui qui a cessé de posséder n'est tenu que lorsqu'il a perdu la possession par son dol, et à citer la L. 63, D. VI, 1, comme un cas où le non-propriétaire peut intenter l'*utilis vindicatio;* car cette *utilis vindicatio,* il peut l'intenter précisément parce qu'il doit payer ou plutôt parce qu'il a dû payer l'estimation de la chose qu'il a perdue *culpâ,* non *fraude,* comme dit la L. 63. — Il est vrai que la L. 27, § 1, que cite aussi Mühlenbruch, dit : *Cum sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor;* mais cette loi ne distingue pas entre la *culpa* et le cas fortuit, elle oppose seulement la perte volontaire, entachée de dol, à celle qui est involontaire, et l'autre distinction est faite ultérieurement par la L. 63, D. *eod.*, qui par conséquent régit le cas où il y a *culpa*. Ailleurs, au § 274, Mühlenbruch enseigne qu'à partir de la litiscontestation, le possesseur de bonne foi est tenu de la *culpa;* donc, encore une fois, il doit être tenu lorsqu'il a cessé de posséder par sa faute.

Il suit de ce qui précède que lorsque le défendeur perd la possession après la litiscontestation, il faut, d'après les textes ci-dessus, distinguer trois cas.

a. Il la perd *dolo*. Dans ce cas il est tenu de l'estimation faite, soit par le juge, soit par le *juramentum in litem,* au choix du demandeur; et au premier cas le demandeur conserve la revendication contre le *verus possessor,* car il ne se fait pas de cession légale de cette action au profit du *fictus possessor;* au deuxième cas il y a cession légale de l'action, car le demandeur ayant obtenu tous dommages et intérêts, même ceux qui ne sont qu'apparents, et non démontrés rigoureusement, ayant même obtenu le prix d'affection, est complétement désintéressé.

b. Il la perd non pas *dolo* ou *fraude,* mais *culpâ*. Dans ce cas, le défendeur est tenu de l'estimation arbitrée par le juge, mais il acquiert une action *utilis* contre le *verus possessor*.

c. Il la perd par l'effet du hasard, *nec fraude nec culpâ*. Nous verrons que dans ce cas le possesseur de bonne foi doit être absous; mais le possesseur de mauvaise foi est tenu, à moins toutefois que l'événement ne soit tel qu'il eût également frappé la

chose dans les mains du demandeur. Cependant le voleur ou le *violentus possessor* devrait, dans cette hypothèse même, répondre de la perte fortuite. — En nous exprimant ainsi nous tranchons une question controversée sur laquelle nous reviendrons plus loin.

12. Si l'on possédait la chose d'autrui, mais de telle sorte qu'elle eût été transformée par une spécification ou inséparablement unie à une autre chose, on ne serait pas soumis à la revendication directe, parce que *extinctae res vindicari non possunt,* mais on serait cependant tenu envers le propriétaire, soit qu'on eût transformé ou uni la chose sciemment, soit qu'on eût fait de bonne foi l'adjonction ou la spécification. Si on l'avait faite sciemment, il y aurait lieu à appliquer le principe *qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur*. Si on l'avait faite de bonne foi, on serait tenu de l'estimation par une *utilis in rem actio,* qui est aussi appelée *in factum* à la L. 23, § 5, D. *eod.* Celui qui paye cette estimation, s'il a acquis la chose à titre onéreux, a alors son recours en garantie contre son auteur, car on est censé évincé aussi bien lorsqu'on a dû payer le prix de la chose que lorsqu'on a dû délaisser la chose même.

13. Pour qu'il y ait lieu à l'action en revendication, il faut que l'objet de la revendication soit une chose corporelle. Une hérédité, un pécule, ne sauraient être l'objet de la revendication. L'hérédité est inséparable de la qualité d'héritier; il faut donc se prétendre héritier pour le tout ou pour une quote-part; en un mot, pour prétendre à tout ou partie de l'hérédité, il faut intenter l'*hereditatis petitio*. On ne peut revendiquer que des *res singulae* se trouvant dans l'hérédité, se trouvant dans un pécule, ou enfin dans le patrimoine d'une personne quelconque (L. 1, § 1, D. VI, 1). Les *quantitates rerum*, les choses non désignées dans leur espèce, mais selon leur quantité, ne sauraient être l'objet d'une revendication, car on ne peut avoir sur une quantité qu'un droit de créance, et non un droit de propriété. Une quantité peut être l'objet de la condamnation, mais non pas de la demande.

Du reste, toutes les choses corporelles et déterminées dans leur espèce, sans excepter les titres de créances ou de droits quelconques; les *rerum universitates* peuvent être revendiqués. Ainsi on

peut revendiquer un troupeau, quand même on n'est pas propriétaire de toutes les bêtes qui le composent; celles qui n'appartiendraient pas au demandeur seront retenues par le possesseur (L. 1, § 3, et L. 3, D. VI, 1). Cependant, si le bétail ou le froment des deux propriétaires a été réuni de leur consentement réciproque, il y aura lieu entre eux à l'action *communi dividendo,* ce qui veut dire que le partage se fera pour des parts égales. Si au contraire le bétail ou le froment de deux propriétaires a été confondu par hasard ou par le fait d'un seul propriétaire, il y a lieu à revendication; chacun revendiquera ce qui est à lui, et si les espèces ne peuvent pas être distinguées, le juge ne fera pas des parties égales, mais il aura égard à la valeur respective des choses qui se trouvent confondues (L. 3, D. VI, 1).

On peut revendiquer non seulement le tout, mais aussi la partie arithmétique d'une chose, par exemple, Titius possède avec Sempronius, pour des parties indivises, une chose qui m'est commune avec Titius (L. 8 D. *eod.*)

On peut aussi, si la chose a péri en partie ou s'il n'en reste qu'un accessoire, revendiquer la partie qui subsiste ou cet accessoire; telle est la décision de la L. 49, § 1, D. *eod.* Mais dans tous les cas, il faut que la chose corporelle soit désignée, et distinguée de telle sorte qu'on puisse la reconnaître. Il faut aussi que la partie revendiquée soit bien déterminée (L. 6, D. *eod*). Toutefois cette dernière règle admet exception lorsque, pour des motifs plausibles, la partie revendiquée ne peut être déterminée dès l'introduction de l'instance, comme au cas où il y a lieu à la retenue de la quarte falcidie et où faute d'avoir computé la masse de la succession, on ne peut pas encore déterminer ce qui doit être déduit de chaque legs. Tel est encore le cas où il y a mélange de choses qu'on ne saurait plus séparer et dont la quotité appartenant au demandeur ne saurait être exactement indiquée à l'avance, mais doit être déterminée par l'*arbitrium judicis.* Du reste, dans la législation de Justinien, ou la *pluris petitio* n'emporte plus déchéance du droit même, cette règle que la quotité qu'on réclame doit être exactement déterminée, n'est plus d'une observation si rigoureuse.

Si la chose est unie à une autre, mais de telle sorte qu'elle reste séparable et que par l'adjonction la propriété n'en soit pas perdue, il faut d'abord recourir à l'action *ad exhibendum*, et ensuite revendiquer. Cette action était encore nécessaire dans l'ancien droit pour éviter au demandeur de tomber hors de cause par une *pluris petitio*. Remarquons aussi que les matériaux unis à des constructions ne pouvaient en être séparés.

14. Nous venons de dire que l'on peut revendiquer une chose corporelle, soit pour le tout, soit pour une partie indivise, soit enfin pour ce qui en reste, si la chose qui nous appartient a péri en partie ou ne peut nous être restituée qu'en partie; *meum est*, dit la L. 49, D. VI, 1, *quod ex re meâ superest cujus vindicandi jus habeo*. Par conséquent, si les fruits de ma chose existent encore dans les mains d'un possesseur, quoique la chose principale n'y soit plus, je puis encore revendiquer les fruits.

Toutefois ici se présente une question controversée, celle de savoir si les fruits extants peuvent être revendiqués du possesseur de bonne foi par une action spéciale et indépendamment de la chose principale, si celle-ci a déjà été restituée ou si elle a péri, comme par exemple, s'il s'agissait des jeunes d'un animal qui est mort, ou des fruits d'un fonds qui a été restitué volontairemeut par le possesseur. On sait que le possesseur de mauvaise foi doit restituer et les fruits extants et ceux qu'il a consommés : les fruits extants sont revendiqués, les fruits consommés sont demandés par une action personnelle, par une *condictio sine causâ* (1) : mais le possesseur de bonne foi fait siens les fruits consommés, et il les fait irrévocablement siens par la consommation de bonne foi; toutefois il doit restituer ceux qui sont extants lorsque le propriétaire se présente. Tout le monde convient de ces principes, tout le monde reconnaît que les fruits extants doivent être restitués même par le possesseur de bonne foi, et que par la séparation il n'a acquis sur ces fruits qu'une propriété intérimaire; mais aujourd'hui on prétend assez généralement qu'il ne doit restituer les fruits extants qu'avec la chose principale, et cela *ex*

(1) L. 3, C. IV, 9; — L. 4, C. IX, 22.

officio judicis, que par conséquent lorsque la chose principale ne peut être demandée, les fruits ne sauraient l'être non plus, à la différence du possesseur de mauvaise foi, qui, n'acquérant aucune propriété sur les fruits, est toujours tenu de restituer tous les fruits, tant ceux extants que ceux consommés, et cela, même par action principale.

S'il était vrai que le possesseur de bonne foi ne dût restituer les fruits extants que *ex officio judicis,* il faudrait admettre que lorsque la chose principale ne peut plus être poursuivie contre le possesseur de bonne foi, les fruits ne peuvent plus l'être non plus. Mais ce motif que l'on assigne à la restitution, est une pure hypothèse qu'il serait impossible de justifier par aucun texte. La propriété interimaire n'est pas une propriété révocable *ex officio judicis;* elle est une propriété résoluble *ipso jure,* car dès l'instant que la bonne foi cesse, la propriété du possesseur sur les fruits cesse aussi (1). Il ne les fait irrévocablement siens que lorsqu'il les consomme de bonne foi; or la bonne foi cesse dès que le propriétaire intente son action (2), et si le possesseur de bonne foi ne peut invoquer la présomption (3), il doit restituer les fruits qu'il n'avait pas encore consommés au moment où sa bonne foi a cessé.

Or, s'il en est ainsi, il n'y a aucun motif pour subordonner la revendication des fruits encore extants à la revendication de la chose principale. L'argument *a contrario* qu'on prétend tirer du § 35, Inst. II, 1, ne prouve rien, car il prouve trop. En effet, si l'on devait conclure de ces mots *et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest,* que le propriétaire ne peut revendiquer les fruits non consommés qu'alors qu'il revendique le fonds, il faudrait en dire autant du propriétaire qui agirait contre un possesseur de mauvaise foi, puisque le passage qui suit immédiatement s'exprime de la même manière à l'égard de ce possesseur, *itaque cum fundo etiam fructus licet consumti sint, cogitur restituere.* Si *a contrario*

(1) L. 23, § 1; L. 40, L. 48, D. XLI, 1; — L. 4, § 19, D. XLI, 3; — L. 4, § 2, D. X, 1.

(2) L. 45, D. VI, 1. — L, 22, C. III, 32; — L. 2, C. VII, 51.

(3) L. 25, § 2, D. XXII, 1.

l'on devait conclure : *Cum fundo, ergo non sine fundo,* ce raisonnement devrait s'appliquer évidemment au possesseur de mauvaise foi, aussi bien qu'au possesseur de bonne foi, ce qui mettrait les défenseurs du système que nous combattons dans une contradiction manifeste, car ils enseignent que contre le possesseur de mauvaise foi les fruits peuvent être répétés par action principale et indépendamment de la chose qui les a produits.

Par conséquent, d'après les textes cités et de l'aveu de tous les auteurs, le possesseur de bonne foi doit restituer les fruits extants. Aucun texte ne subordonne la revendication des fruits à celle de la chose principale; donc on ne saurait ajouter cette condition. La nature du droit du possesseur de bonne foi sur les fruits, les principes sur lesquels ce droit repose, exigent plutôt que les fruits extants puissent être répétés par action principale et pas seulement d'une manière incidente. En effet, le possesseur de bonne foi acquiert les fruits parce que, tant que sa bonne foi dure, il est envisagé comme propriétaire; il peut user et jouir de la chose comme le propriétaire, donc si la chose périt il n'en est pas responsable, si les fruits sont consommés, il n'en répond pas davantage. Tout cela est contenu dans ce principe de la L. 136, D. L, 17 : *Bona fides tantumdum possidenti praestat, quantum veritas.*

Le possesseur de bonne foi acquiert donc une propriété intérimaire sur les fruits aussitôt qu'ils sont séparés. Tant qu'ils sont pendants ils restent au propriétaire du fonds *jure accessionis,* mais dès qu'ils sont séparés, le possesseur de bonne foi les acquiert parce qu'il peut jouir comme le propriétaire, c'est-à-dire consommer les fruits sans en être responsable, sans en devoir aucune indemnité. Lorsque la bonne foi cesse, et elle cesse soit par la connaissance que le possesseur acquiert des droits d'autrui, soit par l'action que le propriétaire lui intente, le droit de possesseur sur les fruits cesse aussi; il est résolu *ipso jure* et non pas *officio judicis,* car la bonne foi en est la condition, et cette condition vient à manquer. Dès ce moment, le propriétaire rentre dans tous ses droits et redevient propriétaire des fruits non consommés; par conséquent, depuis la litiscontestation le possesseur de bonne foi ne peut plus jouir, il doit compte au demandeur des fruits qu'il a

perçus. En un mot, la bonne foi fait acquérir la propriété des fruits, mais une propriété qui se résout de plein droit par la cessation de la bonne foi et qui oblige le possesseur à restituer au propriétaire tout ce qui n'est pas encore consommé à ce moment. On ne regarde pas au commencement de la possession, dit la L. 23, § 1, D. XLI, 1, il faut que la bonne foi dure, *magis est ut singula momenta spectemus*. C'est dans cette résolution du droit du possesseur écrite dans la loi, que le propriétaire trouve son droit aux fruits, et non dans l'*officium judicis*, et voilà pourquoi il peut d'après la L. 49, § 1, D. VI, 1, revendiquer ce qui reste de sa chose, tout aussi bien qu'il pourrait revendiquer la chose principale si elle existait encore et qu'elle ne lui fût pas restituée.

15. Il en serait autrement cependant si la chose principale avait été demandée par voie d'action et obtenue par suite d'un jugement. Dans un tel cas les fruits ne pourraient plus être réclamés après la demande de la chose principale. La L. 4, C. IV, 34, reçoit ici sa pleine application lorsqu'elle dit : si vous avez intenté l'action du dépôt pour obtenir la restitution d'une somme, et que le juge n'a pas condamné le dépositaire aux intérêts moratoires, vous ne pouvez pas intenter une nouvelle action, car vous n'avez pas deux actions distinctes, l'une pour la somme, l'autre pour les intérêts; vous n'avez qu'une action, laquelle jugée, on peut vous opposer l'exception *judicati*. Ce texte prouve qu'après avoir demandé la chose principale, on ne peut plus demander l'accessoire; mais il ne prouve pas que lorsqu'aucune demande n'a été intentée, qu'aucun jugement n'est intervenu, on ne puisse pas demander l'accessoire sans le principal. Il y a plus : les L. 27, D. XLVI, 3; L. 3, § 1, D. XIII, 6, et L. 1, § 16, D. XVI, 3, prouvent évidemment qu'en pareil cas l'action est admissible, en décidant qu'au cas de livraison ou de restitution faite au demandeur, celui-ci, s'il n'a pas encore saisi la justice de sa demande, conserve son action pour exiger le complément de la restitution qui ne lui a été faite qu'imparfaitement.

Ainsi, il est bien établi que si l'on peut demander ce qui reste dû par un débiteur qu'on n'a pas actionné, que si l'on peut revendiquer ce qui reste dans la possession d'un possesseur qu'on

n'a pas poursuivi, on ne peut cependant demander le reste lorsqu'un jugement est intervenu sur la chose principale, et que ce jugement n'a pas ordonné la restitution des fruits ou intérêts avec celle de cette chose.

16. Toutefois, en ce dernier cas, lorsque le jugement n'a pas ordonné la restitution des fruits ou des intérêts avec celle de la chose principale, il y a, quant aux droits du demandeur, une distinction à faire entre les fruits ou intérêts dûs avant la litiscontestation et ceux qui n'ont été dûs qu'après.

D'abord, les fruits dûs avant la litiscontestation sont ceux que doit le possesseur de mauvaise foi, les intérêts dûs avant la litiscontestation sont ceux qui ont été stipulés par le contrat même. Quant à ces fruits et intérêts, pour que le juge puisse les adjuger, il faut que le demandeur en ait fait l'objet spécial de sa demande.

Les fruits et intérêts dûs après la litiscontestation, sont ceux que doit tout défendeur à une demande quelconque, ceux qu'il doit en vertu de la litiscontestation, en vertu d'un fait qui se passe sous les yeux même du juge. Ces fruits et intérêts sont implicitement renfermés dans la demande, lors même qu'ils ne sont pas spécialement réclamés, car il serait absurde que le défendeur condamné qui n'aurait pas perçu ces fruits s'il avait de suite fait la restitution, pût les garder par le motif qu'il a contesté une demande dans laquelle il a succombé. La L. 25, § 8, D. XXI, 1, s'exprime à ce sujet dans les termes suivants : *Judici enim, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit quaecunque in judicio versantur; ea autem, quae ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.* Et la L. 10, D. XXII, 1, fait de cette distinction l'application que voici : Le juge doit condamner le défendeur à restituer l'enfant né de l'esclave, s'il est né après la litiscontestation, mais il ne le doit pas lorsque l'enfant était déjà au monde avant la demande, et que le demandeur en revendiquant la mère n'a pas revendiqué l'enfant.

De là résulte cette conséquence que la voie de l'appel reste ouverte au demandeur à qui le juge n'a pas adjugé les fruits et accessions survenus après la contestation du litige, car ces fruits

et accessions doivent être adjugés d'office n'eussent-ils pas été demandés (1). Mais dans aucun cas la chose principale ayant été demandée en justice, une deuxième action ne saurait être intentée pour obtenir l'accession non accordée par le jugement intervenu (2).

17. Il en est de l'exception de la prescription comme de l'exception *rei judicatae*. De même que le jugement obtenu sur la demande formée quant à la chose principale, fait naître l'exception *rei judicatae* contre la demande relative aux accessions, de même lorsque le défendeur peut opposer la prescription à la demande formée quant au principal, il peut l'opposer à la revendication des choses accessoires. Car la prescription éteint tout le droit du demandeur, elle fait disparaître la cause même de l'action, et par conséquent ni accessoire ni principal ne sauraient plus être dûs. C'est pour ce motif que la L. 25, § 2, D. XXII, 1, dans un cas où le possesseur est devenu de mauvaise foi, et où l'instance est engagée sur la chose principale, fait dépendre de l'éviction, l'obligation de restituer les fruits. Car, si le demandeur succombait dans sa demande, si le défendeur n'était pas évincé, si, quoique possesseur de mauvaise foi, il repoussait la demande en établissant la prescription, il est évident que les fruits ne devraient être restitués; *principali enim actione non subsistente, supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere,* dit la L. 26, C. IV, 32, en parlant du cas même où la prescription peut être opposée au demandeur.

18. Mühlenbruch ramène les causes d'où naissent les obligations du défendeur concernant la restitution, et les condamnations qu'il encourt, à ces deux chefs : 1° le dol, 2° la demeure.

En citant le dol comme une des causes des condamnations qui peuvent frapper le défendeur, l'auteur a en vue le *fictus possessor qui dolo liti se obtulit* ou *qui dolo desiit possidere*. Il en a été question ci-dessus; nous n'avons donc à nous occuper ici que la demeure, citée comme deuxième source des condamnations dont est passible le défendeur.

(1) Voyez un réquisitoire de Merlin et un arrêt rendu conformément à ce principe dans Merlin, *Rép.*, verbo *revendication*, § 3, et *Quest. de Droit*, même mot, § 1.

(2) L. 23, C. IV, 32, 4; — L. 4, C. IV, 34.

La demeure, dit Mühlenbruch, a une cause et des effets différents suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi. S'il est de mauvaise foi, la demeure commence avec la possession, tandis que chez le possesseur de bonne foi elle ne commence qu'avec la litiscontestation; si avant la litiscontestation celui-ci a négligé la chose, il n'en est pas responsable. Arrivant aux effets et conséquences de la demeure, Mühlenbruch enseigne que le possesseur de mauvaise foi est responsable de la perte fortuite qui ne serait pas arrivée chez le propriétaire au cas où la chose lui eût été restituée. Mais, dit-il, le possesseur de bonne foi qui n'est en demeure qu'à partir de la litiscontestation, n'est tenu que de la faute. Pour ce qui est des fruits : le possesseur de mauvaise foi est tenu non-seulement de ceux qu'il a perçus, mais de ceux que le propriétaire aurait pu percevoir, tandis que le possesseur de bonne foi n'est tenu que de ceux qui sont extants et de ceux qu'il aurait pu percevoir depuis la litiscontestation.

Cette doctrine, nous la croyons erronée :

1° En ce que toute possession de mauvaise foi impliquerait demeure, et que tout possesseur de mauvaise foi aurait à supporter les effets de la demeure.

2° En ce que la litiscontestation constituerait en demeure le possesseur de bonne foi.

Examinons ces deux propositions.

19. La *mora* qu'on appelle *mora ex re,* c'est-à-dire la demeure qui a lieu sans interpellation, est de strict droit et ne se présume pas. Aucun texte ne reconnaît les caractères de la demeure à la possession de mauvaise foi comme telle; les textes qui attachent à cette possession le nom ou les effets de la demeure, ne se rapportent qu'à la possession qui est non-seulement de mauvaise foi, mais encore illégale dans sa forme, telle que la possession du voleur ou du spoliateur; ou bien ils se rapportent au possesseur de mauvaise foi à qui le propriétaire a redemandé la chose et qui a contesté le litige. Ces observations s'appliquent aux L. 40, D. V, 3; — L. 15, § 1, D. VI, 1; — L. 30, § 1, D. XII, 2, dont les deux premières se rapportent au possesseur de mauvaise foi qui a contesté le litige, et la troisième à la possession entachée de vol.

Il en est de même d'autres lois que Mühlenbruch aurait pu citer encore, mais qui tombent toutes dans l'une ou l'autre des deux catégories de mauvaise foi que nous venons de distinguer (1). Les textes n'attachent pas la demeure à la possession de mauvaise foi considérée comme telle, mais seulement à la possession furtive, violente, ou qui de mauvaise foi a été contestée au propriétaire.

D'un autre côté, lorsqu'on examine les conditions requises pour qu'il y ait demeure, on trouvera bien qu'il y a demeure chez le possesseur de mauvaise foi qui a contesté le litige ou dont la possession est entachée de vol ou de violence, mais il sera impossible de trouver le caractère de la demeure dans la simple possession de mauvaise foi. Pour qu'il y ait demeure, il faut : 1° qu'il y ait une obligation; 2° que le créancier ou le propriétaire ait réclamé la chose due en lieu et temps opportuns, et 3° que sans juste motif le débiteur ou possesseur ait, après sommation, retenu la chose par devers soi, que par conséquent la chose ait été retenue *invito creditore* ou *invito domino* (2).

Cependant, la sommation est censée faite et la demeure existe, lorsque c'est le débiteur qui a empêché qu'elle ne se fît, lorsque, par exemple, il a été absent sans juste motif. C'est pourquoi le voleur est constitué en demeure par le fait même du vol, par la clandestinité avec laquelle il a pris la chose et rendu l'interpellation ou la sommation impossible; le voleur détient la chose *invito domino,* car il s'en est emparé *invito domino,* et il est *in mora perpetua* tant que la chose n'est pas restituée, fût-il prouvé même que le propriétaire a eu la faculté de la revendiquer : *Videtur qui primo invito domino rem contrectavit,* dit la L. 28, D. XIII, 1, *semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.* Dans le vol c'est la clandestinité qui est assimilée à l'*interpellatio,* à la sommation, parce qu'elle rend celle-ci impossible; dans la violence il y a sommation implicite, la chose est retenue contre le gré du propriétaire puisqu'elle l'est malgré son opposition : *Quis enim*

(1) L. 14, § 1, D. IV, 2; — L. 18, L. 20, § 21, L. 54, § 2, D. V, 3; — L. 19, D. XLIII, 16; — L. 7, C. IV, 7.

(2) L. 23, D. XXII, 1; — L. 127, D. XLV, 1.

magis alienam rem invito domino contrectat, dit le Pr. Inst. IV, 2, *quam qui vi rapit.* Par conséquent, dans la possession entachée de vol ou de violence, toutes les conditions requises pour la demeure se trouvent dans le fait du vol ou de la spoliation, car il y a dans ce fait une obligation *ex delicto,* en même temps que la rétention de la chose malgré le propriétaire : *mora evenit ex furto,* dit pour ce motif la L. 17, D. XIII, 1.

Il n'en est pas de même de toute possession de mauvaise foi, car il serait impossible d'y trouver les trois conditions ci-dessus établies pour qu'il y ait demeure; aucune même des trois ne s'y rencontre (1). Le possesseur qui n'a pas acquis la possession par un délit, *nec vi, nec clam,* n'est soumis par le fait seul de sa possession à aucune obligation; sa possession fût-elle même de mauvaise foi, elle n'a jamais à elle seule été comptée parmi les sources des obligations. L'obligation ne commence pour le possesseur qui possède *nec vi, nec clam,* que dès l'instant où le propriétaire se présente et réclame la chose; dès ce moment le possesseur qui ne s'est pas cru propriétaire, qui sait qu'il n'est pas propriétaire, est, s'il conteste, constitué en demeure, et tel est le motif pour lequel les textes parlent de demeure au sujet d'un possesseur de mauvaise foi après la litiscontestation. Si l'esclave a été revendiqué, dit la L. 15, § 3, D. VI, 1, et qu'il soit mort fortuitement, *sine dolo et culpa,* le possesseur en devra l'estimation au demandeur qui avait constitué le possesseur en demeure, si toutefois ce demandeur, en supposant que l'esclave lui eût été restitué lorsqu'il l'a demandé, l'eût vendu. — Nous reviendrons plus tard sur ce principe.

Ainsi, d'un côté la violence et la clandestinité, d'un autre côté l'interpellation et par conséquent aussi la litiscontestation, constituent en demeure le possesseur qui est de mauvaise foi. Mais on ne peut dire que tout possesseur est en demeure dès qu'il est possesseur de mauvaise foi, car il résulte de l'examen des conditions requises pour qu'il y ait demeure, que c'est là une erreur, comme

(1) Comp. les traités de Madai et de Wolf sur la demeure (en allemand). — (Voir aussi ce qui se trouve dit au dernier chapitre du tome I *des Obligations*).

il deviendra plus évident encore lorsque nous aurons vu quels effets la demeure produit.

Un premier effet de la demeure concerne les risques et périls; un second concerne les fruits; le tout est compris dans ce qu'on appelle *damnum et interesse* ou *omnis causa*.

En général : le débiteur qui est en demeure, quel que soit l'événement, que la chose subsiste encore ou ne subsiste plus, que le possesseur en ait perçu des fruits ou n'en ait pas perçu, doit au demandeur tout ce que celui-ci aurait eu si la demeure n'avait pas eu lieu, si la chose avait été restituée au moment même où la demeure a commencé. Tel est le principe que nous trouvons exprimé à la L. 40, D. V, 3, sur la pétition d'hérédité, principe que Justinien, au § 27, Inst. IV, 14, déclare être commun à la revendication, et que nous trouvons également consacré par la L. 12, D. IV, 2. — La L. 40 dit que la restitution doit se faire par le possesseur de mauvaise foi et après la litiscontestation, de telle sorte, *ut, post judicium acceptum, id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit, restituta esset hereditas;* et la L. 12, D. IV, 2, porte que dans l'action *quod metus causa,* où la demeure est dans la violence même, non-seulement la chose doit être restituée, mais que tout le profit, *omnis causa,* doit l'être avec la chose, c'est-à-dire les fruits qui ont été perçus, comme ceux que le demandeur aurait pu percevoir : *Nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui.*

De ce principe il doit résulter : 1° que le voleur et le spoliateur sont tenus de la perte fortuite de la chose et de tous les fruits qui ont été perçus ou qui auraient pu l'être; 2° qu'il doit en être de même du possesseur de mauvaise foi qui a contesté le droit du demandeur.

Ce sont là les seuls possesseurs que nos textes déclarent en demeure, et les conséquences que nous en tirons sont pleinement confirmées par les textes, comme on peut voir aux L. 15, § 3, et L. 62, D. VI, 1; — L. 40, D. V, 3; — L. 2, C. VII, 51, qui établissent que le possesseur de mauvaise foi est tenu après la litiscontestation, et du risque et péril de la chose, et des fruits que le propriétaire aurait pu percevoir.

Toutefois, il existe une grande controverse sur la question de savoir si le possesseur de mauvaise foi, qui après la litiscontestation est tenu de la perte fortuite, en répond aussi au cas où la chose eût péri chez le propriétaire si elle lui avait été restituée. Cette controverse se résout cependant par une distinction : en effet tous les textes qui déclarent le possesseur responsable de la perte fortuite lors même que la chose aurait péri chez le demandeur, se rapportent à des possesseurs dont la possession dans la principe est entachée de vol ou de violence (1). Par conséquent, la réserve *nisi res apud creditorem vel dominum peritura fuisset,* doit être admise dans tous les autres cas de demeure qui peuvent se présenter, et de fait elle est admise à la L. 14, § 1, D. XVI, 3, pour le dépôt, à la L. 12, § 4, D. X, 4, pour l'action *ad exhibendum,* et dans d'autres lois encore. Mais elle n'est jamais admise si le *dominus* ou le créancier établit que s'il avait eu la chose il l'aurait vendue (2). Ici encore, le principe qui domine est celui de la L. 25, § 4, D. V, 3, à savoir que le débiteur ou le possesseur qui est en demeure, doit payer au demandeur tout ce qui celui-ci aurait eu si la chose lui avait été remise au moment de la sommation, principe auquel il est cependant dérogé en ce sens que celui qui a acquis la chose par vol ou violence, est responsable en punition de son délit, lors même que la chose aurait été complétement perdue pour le propriétaire s'il n'y avait eu ni vol ni spoliation.

Il suit de là qu'en ce qui concerne le possesseur de mauvaise foi, il faut pour déterminer les condamnations dont il est passible, faire une triple distinction.

1° Si ce possesseur est un *fur* ou un *violentus possessor,* il est tenu de la perte fortuite alors même que cette perte aurait été essuyée par le propriétaire au cas que la chose lui eût été restituée; il est tenu en outre de tous les fruits que le propriétaire aurait pu percevoir.

(1) L. 7, § 2; L. 8, § 1; L. 16, L. 20, D. XIII, 1. — L. 50, D. XLVII, 2. — L. 2, C. IV, 8. — L. 9, C. VI, 2. — L. 34, D. XLIII, 16.

(2) V. L. 15, § 3, D. VI, 1; — L. 47, § 6, D. XXX, etc.

2° Il s'agit d'un possesseur de mauvaise foi, mais dont la possession n'est ni violente ni furtive; dans ce cas, depuis la litiscontestation qui le constitue en demeure, ce possesseur est tenu comme le possesseur précédent, sauf qu'il ne supporte la perte fortuite qu'au cas où la chose n'aurait pas péri chez le propriétaire si elle lui avait été restituée.

3° Et quant aux obligations de ce même possesseur avant la sommation ou la litiscontestation, elles se bornent à la restitution de ce qu'il a. Si avant la litiscontestation la chose a péri sans son dol, il ne la doit pas, lui prouvât-on qu'il était possesseur de mauvaise foi, pourvu qu'il n'ait pas par son dol cessé de posséder la chose. Mais il doit restituer les fruits extants et même ceux qu'il a consommés de mauvaise foi, car s'il n'avait aucune obligation de rendre la chose et les fruits avant qu'ils fussent demandés, il n'avait cependant aucun droit de consommer les fruits, de faire les fruits siens par la consommation; c'est pourquoi nos textes disent que les fruits existants en nature peuvent être revendiqués du possesseur de mauvaise foi, en même temps que ceux qui ont été consommés peuvent être répétés par une action personnelle, par la *condictio sine causa* (1). Toutefois, avant la litiscontestation, le possesseur de mauvaise foi n'est tenu que des fruits qu'il a perçus, non de ceux que le propriétaire aurait pu percevoir, lesquels n'entrent en ligne de compte qu'à partir de la demeure, à partir de la contestation du litige (2). C'est bien à tort que Mühlenbruch prétend que la L. 78, D. VI, 1, ne s'applique pas au possesseur de mauvaise foi, et que rejetant l'argument que nous tirons de cette loi, il soutient que le possesseur de mauvaise foi est déjà tenu avant la litiscontestation, non-seulement des fruits perçus, mais de ceux qui auraient pu l'être, car les mots *si ejus fundi quem alienum possideres,* ne peuvent se traduire que par : fonds que l'on possède comme appartenant à autrui. Et du reste le possesseur de mauvaise foi, par cela seul qu'il possède, n'est tenu d'aucune obligation; il n'est tenu de la *condictio* pour les fruits consommés que parce qu'il les a consommés sans cause, sans droit. L'opinion de

(1) L. 3, C. IV, 9; — L. 4, C. IX, 22.
(2) L. 78, D. VI, 1; — L. 17, § 1, et L. 2, C. VII, 51.

cet auteur est une conséquence de la règle que la possession de mauvaise foi implique demeure, règle dont nous avons déjà montré la fausseté.

Nous passons à l'examen de la seconde proposition.

La litiscontestation a-t-elle pour effet de constituer en demeure le possesseur de bonne foi, ainsi que l'enseignent Mühlenbruch et plusieurs auteurs?

D'abord il faut reconnaître qu'après la litiscontestation le possesseur ne peut plus avoir cette bonne foi qui reposait sur l'ignorance complète du droit d'autrui, et qu'il doit du moins entrevoir la possibilité d'une éviction. En ce sens les textes disent qu'après la litiscontestation il commence à être de mauvaise foi (1). Mais aucun texte n'attribue à la litiscontestation les effets de la demeure quand il s'agit d'un possesseur de bonne foi. A ce possesseur surtout s'applique la règle de la L. 63, D. L, 17 : *Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.* Aussi la L. 40, D. V, 3, dit que la disposition du sénatusconsulte rendu sous Adrien, paraît rigoureuse quand il s'agit d'un possesseur de bonne foi; c'est pourquoi elle déclare que le principe, que le demandeur doit obtenir tout l'avantage qu'il aurait eu si la chose ne lui avait pas été contestée, est applicable seulement au possesseur de mauvaise foi; par conséquent cette loi décide que si le bétail de la ferme qui a été revendiquée, est mort fortuitement, même après la litiscontestation, le possesseur de bonne foi n'en doit pas répondre; il ne doit pas abandonner la défense de ses droits par la crainte d'assumer le risque de tels événements : *nec debet propter metum hujus periculi indefensum jus suum relinquere.*

D'un autre côté, les L. 45, 63, 21, et 36 § 1, D. VI, 1, montrent que le possesseur de bonne foi, après la litiscontestation, n'est tenu que du dol et de la faute, et la comparaison des L. 2, C. VII, 51; — L. 62, § 1, D. VI, 1; — L. 40 D. V, 3, prouve que si le possesseur de mauvaise foi est tenu, après la litiscontestation, de tout l'avantage que le demandeur aurait pu retirer de la chose, le possesseur de bonne foi est seulement tenu, après

(1) L. 25, § 7, D. V, 3; — L. 45, D. VI, 1.

la litiscontestation, de sa propre négligence, il est tenu des fruits que lui-même aurait pu percevoir s'il n'avait pas été négligent, non de ceux qu'aurait pu percevoir le demandeur.

Selon nous les causes des condamnations qu'encourt le défendeur à l'action en revendication se trouvent donc :

1° Dans le dol, comme le dit Mühlenbruch; 2° dans la demeure; 3° dans la consommation des fruits faite par le possesseur de mauvaise foi; 4° dans la litiscontestation, qui sans avoir les effets de la demeure pour le possesseur de bonne foi, lui impose cependant l'obligation de veiller à la conservation de la chose et aux fruits.

Reprenons chacune de ces quatre causes de condamnation.

Quant à la première, elle réside dans l'application de la règle *qui dolo se obtulit, aut dolo desiit possidere, perinde habetur ac si possideret.*

La demeure est une cause de condamnation *a.* pour celui dont la possession a été dans le principe entachée de dol ou de violence, lequel est tenu de tout risque et péril, la chose eût-elle même péri chez le propriétaire, et en outre des fruits que celui-ci eût pu percevoir. Elle l'est encore *b.* pour le possesseur de mauvaise foi, mais seulement à partir de la litiscontestation et avec cette réserve que le possesseur ne répond pas de la perte que le propriétaire aurait subie si la chose lui avait été restituée.

Une troisième source de condamnation est, disons-nous, la consommation des fruits. En effet, cette consommation faite par le possesseur de mauvaise foi, avant la litiscontestation, fait naître une *condictio,* tandis que chez le possesseur de bonne foi, la consommation faite de bonne foi, par conséquent avant la litiscontestation, rend celui-ci propriétaire irrévocable des fruits; car tant qu'il est de bonne foi, le possesseur peut jouir et user de la chose comme le propriétaire, c'est-à-dire sans aucune responsabilité.

Une quatrième cause est la litiscontestation. Cet acte, indépendamment de la demeure dans laquelle il constitue le possesseur de mauvaise foi, a pour effet, chez le possesseur de bonne foi, de le rendre responsable de la faute commise quant à la conservation de la chose comme quant à la perception des fruits, car dès ce moment il ne peut plus se considérer comme propriétaire, comme pouvant

user et jouir de la chose à son gré, attendu que la litiscontestation l'oblige à la restituer au demandeur sous une condition qui consiste dans le jugement à intervenir. De sorte qu'avant la litiscontestation il n'est pas d'obligation qui puisse incomber au possesseur, si ce n'est celle qui résulte de la consommation des fruits, consommation qui constitue pour lui un profit dont la loi veut que la mauvaise foi ne jouisse pas. Après la litiscontestation le possesseur de mauvaise foi, comme constitué en demeure, est tenu des pertes et détériorations fortuites et des fruits que le demandeur eût pu percevoir; le possesseur de bonne foi au contraire ne répond quant aux pertes et détériorations, que de la faute, et il en est de même quant aux fruits, car il n'est tenu que de ceux qu'il eût pu percevoir et qu'il a négligés, non pas de ceux que le demandeur eut pu recueillir.

20. Le défendeur qui après la litiscontestation aliène la chose de bonne foi, par nécessité, est tenu de restituer le prix; s'il l'a aliénée de mauvaise foi, le demandeur a le droit, soit de revendiquer la chose en tierces mains, soit d'exiger du défendeur tous les dommages-intérêts suivant le *juramentum in litem,* par application de la règle : *qui dolo desiit possidere....*

Au premier abord on a de la peine à comprendre que le défendeur puisse encore, après la litiscontestation, aliéner la chose de bonne foi. A la vérité il n'est jamais de bonne foi lorsque par suite d'aliénation ou autrement il cesse de posséder la chose revendiquée, et dans ce cas il se rend toujours passible de condamnation *propter dolum,* et le demandeur est admis à la preuve par *juramentum in litem,* comme il a été dit plus haut. Mais il se peut que le défendeur vende des fruits qui ne se conservent pas, et comme un tel acte n'est pas un acte de disposition, mais un simple acte d'administration, il est évident que dans ce cas il agit de bonne foi et même dans le cercle de ses attributions, puisqu'il doit répondre des fruits qu'il a perçus. C'est pourquoi il n'est tenu dans ce cas que de payer le prix qui lui a été payé, comme le décide la L. 15, § 1, D. VI, 1.

21. On se demande aussi quelquefois si les héritiers du possesseur sont tenus de l'action en revendication.

Nous répondrons qu'en leur qualité d'héritiers ils ne sont tenus de l'action en revendication que s'il y a eu litiscontestation avec leur auteur. Dans ce cas, ils sont tenus des condamnations que leur auteur aurait encourues, et ils en sont tenus *pro partibus hereditariis,* comme de toutes les obligations de leur auteur qui ont une source contractuelle; car la litiscontestation est un quasi-contrat (L. 42, D. VI, 1). Celui-là donc des héritiers qui serait évincé de la chose, aurait son recours contre les cohéritiers, qui du reste devraient être assignés tous, et dont chacun lui devrait sa part dans les dommages-intérêts résultant du fait du défunt.

S'il n'y a pas eu litiscontestation, les héritiers ne sont pas tenus comme héritiers; toutefois ils pourraient encore être tenus, soit comme possesseurs de la chose, soit en vertu du principe *neminem cum alterius detrimento et injuria licet locupletiorem fieri,* s'ils se trouvaient enrichis d'un fait dont l'auteur eût été responsable même avant la litiscontestation, comme par exemple si l'auteur avait cessé de posséder la chose par son dol (L. 52, D. VI, 1).

22. Lorsque la restitution de la chose est ordonnée, et que le condamné se refuse à cette restitution, la chose peut être enlevée par la force publique; le demandeur peut aussi en ce cas demander les dommages et intérêts suivant le *juramentum in litem,* comme au cas où le condamné aurait cessé de posséder par son dol, après quoi le défendeur est propriétaire de la chose (1). Si sans dol de la part du condamné la chose ne peut être restituée, le demandeur ne peut qu'en obtenir l'estimation (L. 68, D. VI, 1). Si la chose est restituée, mais détériorée, il faut faire les distinctions que nous avons faite au n° 19, pour la perte de la chose, et auxquelles nous renvoyons également pour la restitution des fruits.

La chose doit être livrée là où elle se trouve au moment du jugement. Cependant cette règle a subi deux modifications qui sont à l'avantage du demandeur. D'abord le demandeur, si la chose a été déplacée avant la litiscontestation, peut exiger qu'elle lui soit restituée là où elle se trouvait en ce moment; et si le défendeur a été possesseur de mauvaise foi, il peut exiger en outre

(1) L. 68, L. 46 et L. 47, D. VI, 1.

qu'elle lui soit restituée là où le défendeur en a pris possession. Si hors ces deux cas le demandeur désire que la restitution se fasse en un lieu autre que celui où la chose se trouve, il devra rembourser les frais du transport (1).

23. Celui qui agit en revendication, doit prouver :

1° Que le défendeur possède ou du moins détient la chose qu'il revendique, ou bien qu'il a cessé de la posséder par son dol. Si le défendeur nie la possession et que le demandeur parvienne à le convaincre, le défendeur perd, par cela seul, la possession, qui est transférée au demandeur; ainsi cette fausse désignation aura interverti les rôles, et procuré au demandeur primitif l'avantage de la défense.

24. Le demandeur, après avoir prouvé que le défendeur possède, doit 2° établir son droit de propriété.

S'il invoque un mode d'acquérir primitif, comme l'occupation, la preuve sera dans l'établissement de ce fait. S'il invoque un mode d'acquérir dérivé, il y a question de savoir si la preuve de son titre suffit, ou s'il doit prouver en outre le *dominium auctoris*. Plusieurs jurisconsultes modernes soutiennent que la preuve du titre de l'acquisition doit suffire de la part du demandeur, et que la propriété dans le chef de son auteur doit être présumée; que par conséquent il incomberait au défendeur de prouver que l'auteur du demandeur n'était pas propriétaire. Telle est l'opinion de Thibaut, de Tigerstroem et de Kritz. Mais ce système, qui s'éloigne de l'opinion commune, a été combattu par Hollweg, Fritz et Vangerow, qui en ont, croyons-nous, montré le peu de fondement.

A l'appui de son opinion Thibaut a dit : que rigoureusement le demandeur avait à prouver le *dominium auctoris*, mais que par des motifs d'équité, et vu la difficulté de cette preuve que dans le langage scolastique du moyen-âge on appelait *probatio diabolica*, on s'en était écarté par la suite, alors que la propriété se transmettait généralement par la simple tradition, par un acte non public; que l'on avait donc admis, par une présomption favo-

(1) L. 38, D. V, 1; — L. 10 et L. 12, D. VI, 1; — L. 1, § 4, D. X, 4.

rable au demandeur qui produisait un titre, que jusqu'à preuve du contraire il devait être considéré comme propriétaire. En faveur de cette présomption Thibaut cite les L. 4 et 12, C. IV, 19 (1).

Mais cette manière de voir est repoussée par les principes fondamentaux du droit, et conduirait d'ailleurs aux conséquences les plus iniques.

D'abord il est de règle que quiconque est demandeur, doit prouver le fondement de ses actions. Or le demandeur en revendication se fonde sur le droit de propriété, il doit donc établir ce droit. Et comme la tradition ne transfère qu'autant de droit qu'en avait le transmettant, il est évident que le possesseur actuel, pour prouver que son transmettant l'a rendu propriétaire, doit prouver que celui-ci l'a été lui-même : *Traditio nihil aliud transferre debet vel potest ad eum qui accipit,* dit la L. 20, D. XLI, 1, *quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.* La preuve de cette propriété est difficile sans doute, mais la prescription est là pour la faciliter et pour dissiper les doutes qui planent sur les questions de propriété; ce fut même, au rapport de Gaius, autant pour affermir le droit du véritable propriétaire à qui le temps avait rendu difficile la preuve complète de son droit, que pour favoriser le possesseur de bonne foi, que l'usucapion fut introduite (L. 1, D. XLI, 3). Par conséquent, à l'argument tiré de la difficulté de la preuve, nous répondrons que dans tous les cas la preuve peut se faire au moyen de la prescription et de l'usucapion, qui dans l'ancien droit, comme on sait, n'était soumise qu'à un laps de temps très-court. Nous verrons même plus loin que par l'introduction de l'action publicienne cette preuve devint dans la plupart des cas superflue.

Quant au deuxième argument qui consiste à dire que, vu la difficulté de la preuve complète, l'équité n'aurait exigé que la preuve du *dominium auctoris,* il n'est pas plus fondé, et il est facile de montrer que l'équité exige précisément le contraire. Il suffit d'examiner la position que le système de Thibaut fait au dé-

(1) *Archiv. für die civilist. Praxis.* P. VI, n° 15.

fendeur, c'est-à-dire au possesseur, pour prouver que ce système conduit à l'iniquité la plus manifeste. Car si d'un côté, à cause d'une prétendue difficulté qu'on exagère, on déroge à ce principe élémentaire que tout demandeur doit prouver complétement ce qu'il avance, et qu'on allège le fardeau qui lui incombe comme demandeur, d'autre part on aggrave outre mesure la position du défendeur en rejetant sur lui cette preuve non moins difficile : que l'un des auteurs du demandeur n'aurait pas été propriétaire; et on arrive ainsi à cette conséquence singulière, que la position du défendeur sera devenue moins favorable que celle du demandeur. Que l'on suppose un demandeur et un possesseur pouvant invoquer chacun un mode d'acquisition légitime, un titre émané de deux auteurs différents, qu'on les suppose l'un et l'autre placés dans l'impossibilité de prouver que l'un des auteurs de l'adversaire n'a pas été propriétaire, le demandeur devra triompher selon le système que nous combattons, et le défendeur, quoiqu'il ait le même titre que le demandeur et que d'après les principes de l'action publicienne il doive triompher, succombera malgré sa possession. Si ce système pouvait être accepté, le demandeur n'aurait, pour se débarrasser de la preuve et la rejeter sur le défendeur, qu'à colluder avec un tiers, à qui il ferait cession de ses prétendus droits de propriété, et celui qui se présenterait avec un titre juste dans la forme, devrait triompher dans son action si le défendeur ne prouvait que le cédant n'a pas été propriétaire. Des conséquences aussi peu juridiques et aussi dangereuses suffisent pour condamner le système que nous combattons.

Aussi est-ce à tort qu'on s'est prévalu des L. 4 et 12, C. IV, 19. Il est vrai qu'à la L. 4 on cite l'*instrumentum emtionis* comme étant un moyen de prouver la propriété, mais la loi ajoute qu'à défaut d'un acte écrit, le demandeur peut prouver son titre par des témoins et par tout autre moyen de preuve. Ces deux textes, qui sont des rescrits, ne s'occupent pas de ce que le demandeur a à prouver lorsqu'il intente la revendication, mais seulement de la question de savoir si le titre invoqué par un demandeur doit être prouvé par un *instrumentum*, par un acte écrit, ou s'il peut être établi par tout autre moyen de preuve.

Ainsi l'obligation de prouver le *dominium auctoris* incombe au demandeur, qui du reste peut s'aider de la prescription, et l'on ne saurait admettre qu'après que le demandeur a produit son titre, le défendeur ait l'obligation de prouver que l'un des auteurs du demandeur n'a pas été propriétaire, car ce serait priver injustement le défendeur des avantages de la possession, ce serait le forcer de céder cette possession à un adversaire sans que celui-ci ait prouvé un meilleur droit que le sien.

25. Cependant Tigerstroem rejette cette opinion, en se fondant sur ce que l'ignorance où se trouve, relativement à la propriété de son auteur, le demandeur qui a un juste titre, est une ignorance *facti alieni;* de là, selon ce jurisconsulte, la conclusion que la preuve de cette propriété de l'auteur ne doit pas lui incomber. Mais ce qui prouve l'inadmissibilité de cet argument, c'est que si le principe était vrai, il en résulterait que tout demandeur qui ne fonderait pas son droit sur un fait personnel, serait déchargé du fardeau de la preuve.

Enfin Kritz (1), pour soutenir la même opinion, a pris pour point de départ des notions historiques qui sont erronées. Selon cet auteur il n'y aurait jamais eu entre la revendication et la publicienne qu'une différence formelle. La première aurait été donnée toutes les fois qu'une chose aurait été acquise conformément au droit civil, par *mancipatio, in jure cessio, usucapio;* la seconde aurait pu s'intenter par celui qui avait acquis une chose *jure gentium*. De plus, la revendication ainsi que la publicienne auraient été données dans les cas ainsi déterminés, soit que le mancipant ou le *tradens* eût été propriétaire, soit qu'il ne l'eût pas été. De là, dit cet auteur, il est résulté que les deux actions se sont confondues lorsque la différence entre le *dominium ex jure gentium* et celui *ex jure Quiritium* a cessé d'exister. Donc il n'y aurait plus qu'une seule action, laquelle, qu'on l'appelle publicienne ou revendication, n'exigerait que la preuve du juste titre, sauf à l'adversaire à établir que ce titre n'est pas translatif de propriété.

Pour réfuter cette opinion, il suffit de remarquer que deux titres

(1) *Über die Vindication und die Publicianische Klage* (Dresde, 1831).

différents du Digeste traitent de ces deux actions que l'on prétend être confondues. De plus, les erreurs de Kritz sur l'origine de la publicienne et ses rapports avec la revendication, sont palpables, comme nous le montrerons aisément lorsque nous nous occuperons de la publicienne.

C'est donc au demandeur à fournir la preuve complète de son droit de propriété, et par conséquent aussi à établir le *dominium auctoris,* lorsque le mode d'acquisition n'est pas primitif, lorsque la chose a été acquise par transmission. Un seul cas est cependant excepté, c'est celui où l'on a acquis la chose du fisc, qui, ne fût-il pas propriétaire, jouit du privilége de transférer la propriété à ceux qui acquièrent de lui, mais demeure néanmoins responsable, pendant quatre ans, envers ceux qui auraient eu à exercer sur la chose la revendication ou l'action hypothécaire (§ 14, Inst. II, 16).

26. A la question que nous venons de discuter, se rattache celle de savoir si celui qui revendique une chose et à qui le défendeur ne conteste pas la copropriété, est dispensé de prouver ultérieurement sa propriété exclusive sur toute la chose, ou bien si la copropriété étant établie ou n'étant pas contestée, le défendeur doit prouver de son côté qu'il est propriétaire pour une portion indivise.

Cette question doit se résoudre dans le premier sens. D'après la L. 28, C. III, 32, le demandeur doit prouver le droit sur lequel il fonde sa demande, *implere debet intentionem suam;* par conséquent, lorsqu'il se prétend propriétaire exclusif, il ne lui suffit pas d'avoir prouvé qu'il est propriétaire pour une quote-part, car dans ce cas le défendeur sera présumé propriétaire de l'autre part sans qu'il ait même besoin de rien prouver, puisque quiconque prétend avoir un meilleur droit que le possesseur, doit le prouver rigoureusement.

27. La question de savoir si le demandeur qui, après avoir revendiqué, a été débouté de sa demande, peut derechef intenter la revendication contre le même possesseur et pour le même objet, doit être résolue en ce sens, qu'il le peut non-seulement lorsqu'il se fonde sur une acquisition postérieure au jugement, mais encore

toutes les fois qu'il invoque un titre différent de celui sur lequel il avait fondé sa première action. Par conséquent, hormis le cas d'une acquisition postérieure, sur le fondement de laquelle l'action est toujours admissible, il faut faire les distinctions qui suivent :

1° Si la première demande ne contient pas l'indication du titre spécial qui doit lui servir d'appui, *non expressa causa,* comme dit la L. 14, § 2, D. XLIV, 2, le demandeur est censé agir *ex omni causa,* ou, comme le dit la même L. 14, *omnes causae una petitione apprehenduntur;* et alors, s'il succombe, il ne pourra plus intenter d'action, à moins qu'elle ne soit fondée sur un titre postérieur au jugement.

2° Si dans sa première demande le demandeur a indiqué un titre spécial, quoiqu'il ait succombé il pourra agir derechef en se fondant sur une autre cause d'acquisition, fût-elle antérieure au jugement (L. 11, D. XLIV, 2).

Vainement Puchta (1) a-t-il cherché à attaquer cette théorie, en disant que la L. 11, § 2, D. XLIV, 2, ne se rapporte qu'à un cas où la seconde demande est fondée sur un titre postérieur à la première. Cette loi ne distingue pas, elle porte littéralement : Si je revendique un champ, me fondant sur ce que je l'ai acquis de Titius, et qu'ensuite je le revendique *alia ex causa,* ma demande ne devra pas être repoussée par l'exception *rei judicatae.* Par conséquent il ne s'agit pas dans l'espèce de cette loi d'un titre acquis postérieurement au jugement, mais d'une demande qui suit une première demande fondée sur une cause spéciale d'acquisition. D'un autre côté, lorsque Puchta argumente des termes de la L. 14, § 2, D. XLIV, 2, qui établit cette différence entre les actions *in personam* et les actions *in rem,* que les premières peuvent s'intenter plusieurs fois, par le motif qu'une chose peut être due par la même personne pour des causes diverses, tandis que l'action *in rem* ne peut s'intenter qu'une fois, il est à remarquer que la distinction que nous venons de faire entre la *causa expressa* et la *causa non expressa,* est implicitement consacrée par cette loi, puisqu'elle ne dit pas simplement que l'action *in rem* ne peut être

(1) *Rheinische Museum,* T. II, p. 251.

intentée qu'une fois contre la même personne pour la même cause, mais que cette action ne peut l'être qu'une fois, lorsqu'elle s'intente *non expressa causa,* parce qu'alors *omnes causae una petitione adprehenduntur*. Cette théorie directement établie par les textes, est d'ailleurs conforme aux principes généraux qui régissent l'exception *rei judicatae*. En général, pour que cette exception puisse être opposée à une demande nouvelle, il faut ces trois conditions réunies : qu'il y ait *eadem persona, eadem res, eadem causa*. Or, au cas où la première demande est fondée sur une cause déterminée, il est évident que la seconde doit être accueillie lorsqu'elle est fondée sur une cause différente. Tel est le principe dont les deux lois citées et la distinction qu'elles renferment ne sont que le corollaire.

28. Parmi les exceptions que le défendeur peut opposer au demandeur en revendication, nous avons à mentionner :

1° L'exception fondée sur ce que le défendeur serait lui-même propriétaire.

2° Celle tirée de ce que la chose a péri *sine dolo et culpa possessoris,* exception qui cependant ne peut pas être invoquée par celui dont la possession est violente ou furtive, ni par le possesseur de mauvaise foi après la litiscontestation, à moins toutefois qu'il ne prouve que la chose aurait également péri chez le demandeur (1).

3° En troisième lieu nous avons l'*exceptio doli,* fondée sur les impenses que le possesseur peut avoir faites à la chose, et pour le remboursement desquelles il a le droit de rétention. Cependant toutes les impenses ne donnent pas lieu à cette exception; il faut distinguer des autres impenses, celles qui sont faites dans l'intérêt de la culture pour la perception des fruits, et du chef desquelles tout possesseur, quel que soit le vice de sa possession, peut exercer le droit de rétention. Car si le possesseur qui doit restituer les fruits ne retenait ces impenses, il restituerait plus qu'il ne doit (2). Quant aux autres impenses nécessaires qui ont été faites pour la

(1) Voyez plus haut les nos 18 et 19.
(2) L. 35, § *ult.*, D. V, 3; — L. 1, C. VII, 51.

conservation de la chose, tout possesseur, même celui de mauvaise foi, a le droit d'en obtenir le remboursement. La L. 13, D. XIII, 1, excepte cependant celui dont la possession est furtive, et par conséquent, comme dans toute violence il y a en même temps vol, nous devons excepter aussi celui dont la possession est violente. Enfin quant aux impenses utiles, le possesseur de mauvaise foi ne peut en exiger le remboursement, mais le possesseur de bonne foi le peut, du moins en règle générale (§ 30, Inst. II, 1). Nous disons en règle générale, car ce remboursement dépend de l'arbitrage du juge, d'après la L. 38, D. VI, 1, qui trace les règles que voici : Si les impenses utiles sont telles que le propriétaire les aurait faites lui-même, ou si le propriétaire est disposé à vendre la chose, le remboursement devra avoir lieu, mais le revendiquant aura le choix de payer soit le prix de la main d'œuvre et des matériaux, soit la plus-value; il pourra demander en outre qu'il soit fait réduction des fruits perçus par le possesseur de bonne foi. Hors ces deux cas, la restitution des impenses est absolument abandonnée à l'arbitrage du juge, qui peut en fixer le montant comme il l'entend et suivant la position des parties, ou bien permettre que les choses qui ont été attachées au sol soient enlevées, si elles peuvent l'être avec profit pour le possesseur et sans détérioration pour la chose principale (1).

29. Nous venons de dire que le possesseur, pour obtenir le remboursement des impenses au cas où ce remboursement est dû, n'a qu'un droit de rétention; cette opinion a été souvent contestée, surtout en ce qui concerne le possesseur de bonne foi, des auteurs ayant voulu accorder à celui-ci, outre le droit de rétention, une action *negotiorum gestorum utilis*. Mais pour pouvoir intenter cette action il faut qu'on ait voulu gérer les affaires d'autrui; or, le possesseur s'étant regardé comme propriétaire, il s'ensuit qu'en faisant les impenses il n'a voulu gérer que sa propre affaire.

D'autres ont voulu lui accorder une action *in factum*, ou la *condictio sine causa*, fondée sur ce que le propriétaire de la chose revendiquée ne saurait s'enrichir au détriment du possesseur.

(1) L. 48, D. VI, 1; — L. 27, 28, 29, 30, D. *eod.*

Mais pour que cette action soit admissible, il ne suffit pas qu'on se soit enrichi au détriment d'autrui, il faut encore que cela se soit fait *cum injuria* ou *sine jure*. Or il n'y a pas eu d'*injuria*, car le possesseur doit s'imputer à lui-même d'avoir fait les impenses; le fait qui lui inflige le dommage lui est tout-à-fait personnel, le propriétaire qui en profite n'y a concouru d'aucune manière. Celui-ci ne pourrait être tenu de l'action *in factum* que si les impenses avaient été faites avec son concours. C'est en effet ce qu'exprime la L. 33, D. XII, 6, en disant qu'entre le propriétaire et le possesseur il n'y a pas de *negotium contractum*, d'où cette loi conclut qu'il y a lieu seulement au droit de rétention. Lorsque je paye un *indebitum*, dit cette loi, le dommage résulte bien de mon fait, mais il résulte du concours de celui qui reçoit; celui qui s'enrichit pose ainsi un fait qui me porte préjudice, c'est pourquoi il y a lieu à la *condictio;* mais, dit le texte, lorsque je revendique un fonds sur lequel un tiers a élevé des constructions, je ne suis pour rien dans la cause de ce dommage, le possesseur, le constructeur doit se l'imputer exclusivement; c'est pourquoi le possesseur n'a pas de *condictio*, mais seulement un droit de rétention.

Partant de ce principe, Cujas a essayé de justifier la *condictio* d'une autre manière. Selon ce jurisconsulte le possesseur de bonne foi qui se serait dessaisi de la chose sans avoir opposé l'exception, aurait une *condictio incerti*, non pas pour réclamer les impenses, mais à l'effet d'être réintégré dans sa possession; il envisage cette restitution comme renfermant le payement d'un *indebitum*, à raison de la possession que le possesseur eût pu retenir à titre de garantie.

De cette manière il y aurait, à la vérité, *negotium contractum* entre celui qui perd et celui qui s'enrichit. Mais il est à remarquer que la *condictio indebiti*, qui dans l'espèce serait une *condictio incerti*, ne peut jamais être intentée lorsqu'on a payé sciemment ce qui n'était pas dû; or, il est évident que celui qui a fait des impenses et qui restitue le fonds, ne saurait alléguer l'ignorance de son propre fait, et d'un autre côté l'*ignorantia juris* ne peut jamais servir de fondement à la *condictio indebiti*.

Cependant si les impenses avaient été faites par l'auteur de

celui qui est évincé du fonds, nous concevrions que l'ignorance pût être excusable, et nous ne verrions rien qui fît alors obstacle à la *condictio incerti* fondée sur les motifs indiqués par Cujas.

30. L'exception *rei venditae et traditae,* souvent aussi désignée par les mots *exceptio doli,* se fonde, en général, sur ce que le demandeur ou son auteur a vendu et livré la chose au défendeur ou à son auteur, sans l'avoir rendu propriétaire. Elle peut être opposée dans plusieurs cas :

1° Lorsque celui qui a vendu et livré une chose n'en était pas propriétaire, mais l'est devenu par la suite à un titre quelconque (1), ou bien lorsque le véritable propriétaire est devenu l'héritier de celui qui a vendu et livré la chose (2). Cependant si le propriétaire de la chose n'est héritier que pour une quote-part de celui qui l'a vendue et livrée, l'exception *rei venditae et traditae* ne pourra lui être opposée qu'à concurrence de cette portion. La L. 14, C. III, 32, nous en fournit une application : une mère a vendu le fonds de son fils; après le décès de la mère, le fils revendique le fonds : si, dit cette loi, le fils a renoncé à la succession de la mère, si par conséquent il ne succède dans aucune des obligations contractées par elle, vous ne pourrez nullement opposer à sa revendication l'exception *rei venditae et traditae;* si au contraire le fils a accepté la succession, vous pourrez la lui opposer, mais seulement pour sa part héréditaire : *Pro qua portione hereditas ad eum pertinet.*

2° Il y a encore lieu à l'exception *rei venditae et traditae,* lorsque le véritable propriétaire, ignorant son droit de propriété, vend sa chose, mais au nom d'autrui, soit en qualité de créancier hypothécaire agissant au nom du débiteur, soit comme mandataire croyant vendre et livrer la chose de son commettant. Dans ce cas l'acheteur ne sera pas devenu propriétaire, parce que, lorsqu'on se trompe sur la propriété qu'on transfère, la tradition ne rend pas l'*accipiens* propriétaire : *nemo errans rem suam amittit,* dit la L. 35, D. XLI, 1. Mais comme la chose a été vendue et livrée

(1) L. 1 et L. 2, D. XXI, 3; — L. 72, D. VI, 1
(2) V. L. 1, § 1, et L. 73, D. XXI, 2.

par le propriétaire, l'exception *rei venditae et traditae* pourrait lui être opposée s'il venait la revendiquer.

3° Il y a encore lieu à l'exception, lorsque dans la vente de la chose d'autrui celui qui a été ou est devenu propriétaire de la chose, s'est porté caution pour le vendeur afin de mieux garantir à l'acheteur le cas de l'éviction (1). Si cette caution revendiquait la chose, ce serait le cas de dire : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio;* règle qui n'est cependant pas d'une généralité absolue, comme le démontre le cas même qui nous occupe. En effet, si nous supposons que l'héritier de la caution intente l'action contre l'acheteur, il y a à distinguer. Au cas où la propriété qu'il revendique lui vient de son auteur qui s'était porté caution, l'exception pourra lui être opposée. Mais si au contraire cette propriété lui vient d'ailleurs, s'il ne la tient pas de l'auteur à qui il a succédé, *si ex sua persona dominium vindicat,* comme dit la L. 31, C. VIII, 45, il ne sera point passible de l'exception, et la chose devra lui être abandonnée. Comme cependant le revendiquant a succédé à l'obligation de son auteur contenue dans son cautionnement, il devra payer les dommages-intérêts de l'éviction dont il est l'auteur. Pour ce cas la règle *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio,* est donc en défaut.

31. A la différence des exceptions que ne naissent que d'un contrat, l'exception *rei venditae et traditae* a un caractère de réalité dont le motif nous est déjà indiqué par sa dénomination même, car ce n'est pas seulement sur le contrat, sur la vente qu'est fondée l'exception, c'est principalement sur la tradition. Aussi est-ce dans la tradition de la *res mancipi* et dans les effets qu'elle avait dans l'ancien droit, que le caractère de réalité qui affecte l'exception, trouve à la fois son explication et son origine. Les *res mancipi* en effet, lorsqu'elles étaient transmises par tradition, demeuraient la

(1) Voyez la L. 11, C. VIII, 45, qui suppose que la caution a su que la chose lui appartenait : *Exceptione doli,* dit ce texte, *rectè eum summovebis, quem ab auctore tuo fidejussorem accepisti, si ejus nomine controversiam refert, quasi per uxorem suam ante, quam tu emeres, comparaverit, qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit.* En consentant à la vente et à ses suites, il est censé avoir renoncé à la propriété.

propriété de celui que les avait vendues et livrées; la possession seule passait à l'acheteur, qui par l'usucapion devenait propriétaire *ex jure Quiritium*. Toutefois, comme avant l'usucapion l'acquéreur était, en vertu d'une fiction introduite par le préteur Publicius, présumé avoir usucapé la chose, et que sur ce fondement il avait l'action publicienne pour la revendiquer, il faut admettre aussi que contre la revendication du *dominus ex jure Quiritium*, il avait une exception en attendant qu'il eût usucapé, exception qui ne pouvait être que l'exception *rei venditae et traditae*.

Plus tard, le *dominium bonitarium* de celui qui avait acquis une *res mancipi* par simple tradition, s'étant confondu dans la pratique avec le *dominium ex jure Quiritium* à cause de l'introduction de la *petitoria formula*, l'usucapion, l'action publicienne et l'exception *rei venditae et traditae*, qui sont intimement liées l'une à l'autre dans le système du droit romain, reçurent des applications différentes. Gaius dit, au § 43 du Liv. II de ses Inst., après avoir parlé de la tradition de la chose *mancipi* par le propriétaire : *Etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res sive nec mancipi; si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui tradiderit, dominum esse*. Et il ajoute au § suivant : *Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent*. — Il en fut de même de la publicienne qui fut donnée au possesseur de bonne foi, et de l'exception *rei venditae et traditae* (1).

Ce rapport étant établi entre l'usucapion, l'action publicienne et l'exception *rei venditae*, le caractère de l'exception *rei venditae et traditae* se trouve par cela même expliqué. En effet, comme par la tradition on transmet autant de droit qu'on en a soi-même, l'acheteur qui avait acquis une *res mancipi* par simple tradition et par conséquent le *dominium bonitarium*, le transmettait par tradition à son successeur; et comme ce *dominium bonitarium* consistait dans l'action publicienne et dans l'exception *rei venditae*, le successeur même à titre particulier pouvait opposer l'ex-

(1) Voir Gaius, II, § 41; — IV, § 36; — L. 1, D. VI, 2; — L. 2, D. XXI, 3; — L. 4, § 32, D. XLIV, 4.

ception, et c'est ainsi que celle-ci est devenue *rei cohaerens*, c'est-à-dire transmissible avec la chose même. D'autre part, comme celui qui n'avait que le *nudum jus Quiritium*, en supposant qu'il fût redevenu possesseur de la chose et qu'il l'eût remancipée à un tiers, ne pouvait transmettre plus de droit qu'il n'en avait, il s'ensuit encore une fois que non-seulement lui mais tous ses successeurs, même ceux qui à titre particulier avaient succédé dans ce *nudum jus Quiritium*, étaient passibles de l'exception. Ce caractère de réalité, l'exception *rei venditae et traditae* le transporta dans l'application qu'on en fit au cas où la chose d'autrui était vendue par le non-propriétaire qui en était devenu propriétaire par la suite. Comme le droit que ce vendeur conservait sur la chose, n'avait plus rien que de formel, la vente et la tradition l'ayant dépouillé de son énergie, le transport ne pouvait lui donner des effets qu'il n'avait plus, et le droit se transmettait tel qu'il avait été dans les mains du transmettant, c'est-à-dire énervé par l'exception *rei venditae et traditae* (1).

32. Lorsqu'on compare l'exception *rei venditae et traditae* avec l'obligation de répondre de l'éviction résultant du contrat de vente et des contrats commutatifs en général, on remarquera sans doute que l'obligation en garantie existe souvent à charge de la personne même qui, si elle revendiquait la chose, serait passible de l'exception; de là les glossateurs ont formé la règle *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Toutefois il est des cas où cette règle n'est pas applicable, comme nous l'avons déjà montré au n° 30, car l'héritier de la personne qui a cautionné l'obligation de la garantie, succède bien dans tous les cas dans l'obligation du cautionnement et accessoirement dans l'obligation de la garantie, mais si cependant cet héritier est devenu propriétaire de la chose, non *ex persona auctoris*, mais *ex sua persona*, comme dit la L. 31, C. VIII, 45, il ne sera aucunement passible de l'exception.

D'un autre côté, il y a des cas aussi où il y a lieu à l'exception *rei venditae*, sans qu'il y ait lieu à la garantie de l'éviction;

(1) L. 72, D. VI, 1; — L. 2, D. XXI, 3; — L. 4, § 22, D. XLIV, 4.

ainsi la personne qui succède à titre singulier dans le *nudum jus dominii*, lorsque celui qui a vendu la chose d'autrui en est devenu propriétaire et l'a revendue, est certainement passible de l'exception comme le vendeur lui-même, mais elle n'est pas tenue de la garantie comme l'est le vendeur, comme le seraient ses héritiers. De même le créancier gagiste, qui vend sa chose propre croyant vendre celle du débiteur, est passible de l'exception *rei venditae*, mais il ne répond pas pour cela de l'éviction; la garantie de l'éviction n'incombe qu'au débiteur au nom duquel la vente a eu lieu; le créancier gagiste, par une exception au principe qu'on ne peut directement obliger un tiers, oblige ici directement le débiteur (L. 10, D. XX, 5).

Il suit de là qu'en exposant les principes qui gouvernent l'exception *rei venditae et traditae*, il vaut mieux faire abstraction de la règle *quem de evictione....*, parce que, bien qu'il arrive souvent que la même personne qui est tenue de la garantie soit aussi passible de l'exception *rei venditae et traditae*, il y a cependant des cas où ces deux obligations sont entièrement distinctes et séparées.

33. Il nous reste à voir comment l'exception *rei venditae et traditae* diffère de l'exception *doli*.

Qu'il y ait un dol dans le fait de celui qui, ayant vendu un objet dont il n'était pas propriétaire, vient le revendiquer après en avoir acquis la propriété, c'est ce qui est incontestable; c'est pourquoi la L. 17, D. XXI, 2, déclare qu'on peut lui opposer l'exception *doli*, exception qui pourrait même être opposée au successeur à titre particulier, s'il avait acquis la chose à titre lucratif, mais non s'il l'avait acquise à titre onéreux. La L. 4, §§ 28, 29, 31, D. XLIV, 4, nous montre que l'exception *doli* n'est pas *rei cohaerens*, qu'elle est personnelle de sa nature, et que si elle est donnée contre celui qui a acquis la chose à titre gratuit, c'est à cause du principe d'équité : *melior est conditio ejus qui certat de damno vitando, quam de lucro captando*. Le dol de l'auteur ne peut pas être reproché à l'acheteur, dit le § 31; si celui qui a acquis une chose par dol, la vendait à un tiers, ce tiers en serait et resterait propriétaire, et s'il la revendiquait de

celui-là même de qui elle aurait été obtenue par des manœuvres frauduleuses, le défendeur ne pourrait pas lui opposer l'exception *doli*. L'exception *rei venditae et traditae* a donc plus d'étendue que l'exception *doli*, attendu que la première est *rei cohaerens*, tandis que la seconde est personnelle.

Toutefois, dans les cas même où l'exception *rei venditae et traditae* est opposée au successeur particulier du vendeur, elle est qualifiée quelquefois d'exception *in factum* comme l'exception *doli*, et même simplement d'exception *doli*. C'est ce qui a lieu aux L. 4, § 2, D. XLIV, 4, et L. 4, C. III, 32. Faut-il conclure de là que l'exception *doli* est confondue avec l'exception *rei venditae et traditae?* Nullement; si l'exception *rei venditae* est quelquefois qualifiée d'exception *doli* ou d'exception *in factum*, cela provient de ce qu'en général il y a dol à faire une demande qui est inique et à laquelle s'oppose une exception fondée sur l'équité. C'est ce que dit Ulpien à la L. 2, § 5, D. XLIV, 4, loi sur laquelle on fonde l'exception *doli* vulgairement appelée *generalis*, parce que ce texte commence par *generaliter*, et qu'à la vérité l'exception *doli* dont parle Ulpien n'est rien par elle-même, n'a pas de fondement spécial, mais suppose qu'une autre exception quelconque puisse être opposée à une demande. *Generaliter sciendum est*, dit Ulpien, *ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit; nam, etsi intra initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose*. D'où il suit que celui qui a l'exception *rei venditae et traditae*, a aussi l'exception *doli*, par cela seul que le demandeur persiste dans la poursuite d'un droit que l'équité repousse et qui est dépouillé de toute son efficacité. L'exception dite *doli generalis* se confond donc en ce sens avec l'exception *rei venditae et traditae;* mais il n'en est pas de même de l'exception *doli specialis*, qui en diffère comme nous l'avons montré ci-dessus.

Sommaire.

34. Notion et définition de la Publicienne.
35. Conditions requises dans la personne du demandeur.
36. Conditions requises dans la personne du défendeur.
37. Des condamnations que peut encourir le défendeur, et de l'exécution du jugement. — Renvoi.

34. Quiconque peut invoquer une prescription accomplie, est propriétaire et peut intenter la revendication. Celui qui ne peut pas invoquer une possession assez longue pour avoir prescrit, mais qui se trouve en condition d'usucaper, a l'action publicienne introduite par le préteur, et fondée sur une fiction d'après laquelle l'usucapion commencée est considérée comme déjà accomplie. Dans le droit de Justinien la publicienne a généralement conservé ce caractère; cependant elle a aussi exceptionnnellement été donnée dans quelques cas où le demandeur n'a pas encore acquis la possession, dans les cas de legs et de fidéicommis universels, où la propriété s'acquiert aussi, par exception, indépendamment de la tradition; et dans d'autres cas où il n'a qu'une *juris possessio*. On peut donc dire que la publicienne est une action que le possesseur de bonne foi qui se trouve en condition d'acquérir une chose ou un droit réel par prescription, intente contre quiconque possède à un moindre titre que lui ou a cessé de posséder la chose par son dol, ou contre quiconque lui conteste le droit réel qu'il est en condition de prescrire.

35. D'après la définition que nous venons de donner, les conditions requises de la part du demandeur, pour l'exercice de l'action publicienne, sont les suivantes :

1° Le demandeur doit avoir été possesseur; nous lisons à la L. 1, D. VI, 2 : *Ait Praetor : si quis id quod* TRADITUR *ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo;*

et la L. 7, § 16, D. *eod.*, est plus explicite encore : *Ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.* Néanmoins dans les cas où la propriété se transmet *ipso jure,* sans tradition, comme par exemple dans le *legatum speciei* d'une chose dont le testateur n'a été que possesseur de bonne foi (L. 1, § 2, D. VI, 2), et dans la restitution d'une hérédité faite au fidéicommissaire, le légataire et le fidéicommissaire ont l'action publicienne, n'eussent-ils pas auparavant appréhendé la chose (L. 12, § 1, D. VI, 2).

2° Il faut que la chose soit susceptible d'usucapion ou de *longi temporis possessio. Haec actio,* dit la L. 9, § 5, D. VI, 2, *in his quae usucapi non possunt, puta furtivis, vel servo fugitivo, locum non habet.* Si la L. 12, § 2, D. *eod.*, dit : *In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt,* nous ne devons rien voir de contradictoire dans ces deux textes, mais plutôt trouver dans le deuxième l'extension de la publicienne à la *longi temporis possessio;* c'est ce qu'indiquent les mots si *bona fide mihi tradita sunt* qui sont équivalents à : *si longo tempore capi possunt.* Telle est l'interprétation qui se présente naturellement; elle est indiquée par le texte, elle l'est par cette considération générale que la publicienne repose sur une prescription commencée qui est considérée par fiction comme étant accomplie. On pourrait cependant aussi rapporter la L. 12, § 2, au droit d'emphytéose, au *jus* sur l'*ager vectigalis,* et en ce cas il en résulterait que de même que l'emphytéote qui a reçu l'emphytéose du vrai propriétaire, a une *utilis vindicatio,* de même celui qui a reçu de bonne foi l'emphytéose du non-propriétaire, a l'action publicienne, quoique d'ailleurs il ne puisse pas acquérir la chose par usucapion. Mais l'interprétation que nous venons de donner en premier lieu nous paraît plus naturelle et plus conforme au texte : les *alia praedia* de la L. 12 sont certainement les *praedia* des municipes et des églises, qui comme les *agri vectigales* appartenaient autrefois au peuple romain. Quoi qu'il en soit, il résulte de ce texte que là où il y a lieu à acquérir par la prescription une chose ou un droit réel, là aussi il y a lieu à la publicienne.

3° Il faut une *justa causa;* et par *justa causa* on comprend ici, comme dans l'usucapion, même le titre putatif, c'est-à-dire le titre qu'on n'a réellement pas, mais qu'on croit avoir, lorsque cette croyance repose sur un fait plausible qui rend excusable l'erreur où l'on se trouve. Par exemple, j'achète une chose d'un furieux qui paraît sain d'esprit; la vente est nulle, la tradition même est nulle; je n'ai pas de titre, car un titre nul n'en est pas un; mais j'ai un motif suffisant et plausible de croire que j'ai un titre, donc je puis usucaper et j'ai la publicienne : *Eum qui a furioso, ignorans eum furere, emit,* dit la L. 7, § 2, D. VI, 2, *posse usucapere, ergo et publicianam habebit.*

Toutefois ce texte paraît tout-à-fait contraire à la L. 2, § 16, D. XLI, 4, où Paul s'exprime en ces termes : *Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec publiciana competit, nec accessio possessionis.* La plupart des auteurs ont considéré ces textes comme inconciliables, telle est encore l'opinion de Vangerow, qui dit qu'il faut préférer la décision que donne Ulpien à la L. 7, D. VI, 2, comme la plus équitable. Mais nous pensons avec Guyet (1), que ces deux lois ne présentent aucune contradiction. Nous avons vu qu'à cause du titre putatif et quoique la vente soit nulle, quoique la tradition n'ait transféré que la possession, l'usucapion a lieu *aequitatis causa* et que l'action publicienne pourra s'intenter. La L. 7 est générale dans ses termes; mais il est aisé de voir que la L. 2, § 16, fait une exception, car il ressort de son contexte que le jurisconsulte envisage la position de l'acquéreur vis-à-vis du furieux lui-même et non vis-à-vis des tiers. Vis-à-vis de ces derniers la L. 7 déclare l'action publicienne admissible. Mais vis-à-vis du furieux lui-même, rentré en possession, la publicienne ne l'est pas; car le furieux, comme la vente est nulle, est resté propriétaire et repousserait l'action par l'exception *dominii.* On peut supposer aussi que le furieux n'était que possesseur de la chose, et dans ce cas, comme il n'a transmis aucun droit en vertu de la vente, il

(1) *De Publiciana in rem actione,* Heidelb., 1823 (§ 18).

faut encore dire que la publicienne ne peut être intentée contre lui; c'est même là, à proprement parler, le cas supposé par Guyet. Nous croyons que l'un et l'autre cas, celui où l'on suppose que le furieux a été propriétaire de la chose, comme celui où on le suppose seulement possesseur, rentrent sous la disposition de la L. 2; ce qui prouve que le jurisconsulte a en vue le cas où l'acheteur se trouve vis-à-vis du furieux et non vis-à-vis d'un tiers, c'est que le jurisconsulte déclare la vente nulle, qu'il déclare par conséquent le furieux non obligé à la garantie, ni soumis à l'action publicienne.

4° Il faut que celui qui intente la Publicienne ait été possesseur de bonne foi. Mais faut-il que la bonne foi soit continue et existe encore au moment où l'action s'intente, ou bien suffit-il qu'elle ait existé au moment où la possession a été acquise?

L'analogie constante qu'on remarque entre la publicienne et la prescription, et le texte précis de la L. 7, § 11, D. VI, 2, doivent nous faire admettre que la bonne foi suffit au commencement de la possession, et le contraire ne résulte aucunement du § 17 de la même L. 7; car si dans ce § il est dit : *Oportere et tunc bonae fidei emtorem esse,* cela ne signifie pas que celui qui intente la publicienne doive aussi être de bonne foi au moment où il intente l'action, mais cela veut dire que si l'on se fonde sur le titre de vente, il faut que la bonne foi existe et au moment du contrat et au moment de la tradition, ainsi que cela est également requis pour la prescription (1).

Quant à la L. 11, § 3, D. VI, 2, elle établit pour les conditions de la publicienne une exception qui existe aussi pour les conditions de la prescription. Les fruits sont, comme nous l'avons vu, acquis par le possesseur de bonne foi, intérimairement dès le moment de la séparation, et irrévocablement par la consommation. Cette faculté de faire les fruits siens, exige une bonne foi continue, mais n'exige pas que la chose soit par elle-même soumise à l'usucapion : le droit de faire les fruits siens existe pour le possesseur de bonne foi aussi bien lorsque la chose est furtive que lorsqu'elle ne l'est

(1) V. L. 48, D XLI, 3; — L. 2, D. XLI, 4, etc.

point (L. 48, D. XLI, 1). Il en est autrement de l'enfant né d'une esclave, cas prévu par la L. 11, § 3 : *partus non est in fructu;* le possesseur de bonne foi de la mère ne peut donc avoir sur l'enfant qu'un droit de possession, et il se peut qu'il puisse usucaper l'enfant sans pouvoir usucaper la mère. Si celle-ci est furtive, elle ne peut être usucapée; mais si l'enfant n'était pas même conçu au moment du vol, s'il a été conçu et mis au monde chez le possesseur de bonne foi, le *vitium furti* ne l'affecte point, et il peut être usucapé (L. 48, §§ 5 et 6, D. XLVII, 2). Il l'est alors au titre *pro suo*. Toutefois, pour qu'il le soit, il faut, par exception au droit commun, que le possesseur ignore, et au moment de la naissance et pendant tout le temps de l'usucapion, que la mère est furtive. La L. 4, D. XLI, 10, exige dans ce cas spécial, ou bien qu'il y ait eu continuité dans la bonne foi du défendeur, ou bien que s'il a connu le propriétaire, il l'ait averti, parce qu'elle regarde comme clandestine la possession d'un enfant qui n'a jamais existé chez le maître. Or, l'exception que la L. 4, D. XLI, 10, établit par rapport à la bonne foi, qui dans le cas de cette loi doit être continue pour la prescription, la L. 11, § 3, D. VI, 2, l'établit également pour la publicienne, d'où il résulte à l'évidence que l'action publicienne, loin de s'écarter des règles de la prescription, les suit même dans les cas qui sont exceptionnels.

Donc en règle générale, pour la publicienne comme pour l'usucapion, il suffit que la bonne foi existe au commencement de la possession, sauf le cas de la L. 11, § 3, D. VI, 2, et de la L. 4, D. XLI, 10.

36. Les conditions requises de la part du défendeur sont celles requises pour la revendication, et en outre cette condition : que le défendeur possède à un moindre titre que le demandeur.

De là il suit que le demandeur ne peut triompher :

1° Lorsque le défendeur possède à titre de propriétaire. Dans ce cas la pubicienne est repoussée par l'*exceptio dominii*. Mais n'oublions pas que si le possesseur ou son auteur a jamais vendu la chose au demandeur ou à son auteur, l'exception sera repoussée par le demandeur au moyen de la *replicatio rei venditae et traditae*.

2° Le demandeur ne peut triompher dans son action contre le

défendeur qui possède au même titre que lui, à moins que le demandeur ne puisse combattre le titre que le défendeur lui oppose, au moyen de la *replicatio rei venditae et traditae,* ce qu'il peut faire lorsque l'auteur du défendeur est aussi celui du demandeur et que la chose a d'abord été vendue au demandeur. C'est pourquoi la L. 9, § 4, D. VI, 2, pour décider lequel du demandeur ou du défendeur doit l'emporter lorsqu'ils invoquent tous les deux un juste titre à l'appui de leur possession, fait la distinction que voici : Une même chose a été vendue séparément, dit ce texte, à deux acquéreurs de bonne foi : la question est de savoir qui doit l'emporter dans l'action publicienne? Julien a répondu que si tous deux ont acheté la chose *ab eodem non domino,* celui qui en fut d'abord possesseur, celui qui est demandeur, doit l'emporter; en effet dans ce cas, comme nous venons de le dire, le titre du défendeur qui possède en dernier lieu est énervé par l'exception *rei venditae et traditae.* S'ils l'avaient achetée de divers vendeurs, s'ils n'avaient pas un même auteur, le défendeur devrait, à titre égal, l'emporter, car il est possesseur, et son titre ne pourrait dans ce cas être combattu par la *replicatio rei venditae et traditae.*

La L. 3, § 2, D. VI, 2, fait mention d'une autre opinion de Neratius. Mais il est facile de voir à la L. 9, § 4, D. *eod.*, d'Ulpien, que cette opinion d'un ancien jurisconsulte a été condamnée, ainsi que cela résulte des mots *quae sententia vera est.* La décision de la L. 9, § 4, doit donc nous apparaître comme la seule véritable.

37. Pour tout ce qui concerne la condamnation, les prestations à faire par le défendeur, et l'exécution du jugement, l'action publicienne est réglée par les mêmes principes que la revendication; c'est pourquoi la L. 7, § 8, D. VI, 2, dit : *In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.*

LES SERVITUDES.

DÉFINITION ET DIVISION DES SERVITUDES, ET PRINCIPES GÉNÉRAUX QUI LES RÉGISSENT.

Sommaire.

1. Définition de la servitude en général.
2. Division des servitudes en personnelles, et réelles ou prédiales. Sens propre du mot *servitus*.
3. Division des servitudes en affirmatives et négatives.
4. En qualifiées et simples, et en continues et discontinues.
5. De la division des servitudes en régulières et irrégulières. — Le sens de cette division se confond avec cette question : si une servitude qui est prédiale de sa nature peut être constituée au profit d'une personne lors même que cette personne n'a aucune propriété ou possession voisine du fonds grevé.
6. Le droit de servitude ne se présume pas. — Applications de ce principe.
7. Corollaire : toute servitude est de stricte interprétation.
8. Dans quels cas la liberté du droit de propriété est restreinte par la loi, dans l'intérêt de tous.
9. La servitude ne peut pas consister *in faciendo*. — La servitude *oneris ferendi* fait-elle exception?
10. Pour qu'il y ait servitude, il faut que la charge qui est imposée à un fonds, améliore la condition d'un autre fonds, en augmente les ressources, ou en rende la possession plus agréable; ou bien qu'elle soit utile à une autre personne.
11. On ne peut avoir une servitude sur sa propre chose. Conséquences qui résultent de ce principe combiné avec celui de l'indivisibilité des servitudes.
12. On ne peut constituer servitude sur servitude.
13. Les servitudes sont indivisibles.
14. Les servitudes sont susceptibles d'une quasi-possession. — En quoi elle consiste.
15. Règles générales qui limitent l'exercice de la servitude :
    1° La servitude doit être exercée *civiliter*.
    2° On peut en modifier l'exercice si la charge devient moindre, mais non dans l'hypothèse contraire.

16. Règles générales qui déterminent l'étendue des charges imposées au fonds assujetti :

1° Le propriétaire du fonds grevé ne peut faire rien qui aggrave l'exercice de la servitude.

2° Il doit souffrir tous les faits sans lesquels l'exercice de la servitude demeurerait sans utilité, quand même ils n'auraient pas été expressément stipulés.

---

1. La servitude est un droit sur la chose d'autrui, constitué au profit d'une personne ou d'un héritage, et en vertu duquel on peut user ou jouir de la chose d'autrui ou y exercer certains droits de disposition, ou bien empêcher que le propriétaire n'y exerce certains de ses droits de propriété.

2. Si l'on rapporte le droit de servitude au sujet qui en jouit, on arrive à cette première division des servitudes en prédiales et personnelles : *Servitutes aut personarum sunt : ut usus et usus-fructus; aut rerum : ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum* (L. 1, D. VIII, 1).

Cependant, dans son sens propre, le mot *servitus* sert à désigner la servitude prédiale; c'est ainsi qu'en tête du titre 1, D. VIII, on lit *de Servitutibus,* après que la matière de l'usufruit a déjà été traitée au titre 1, D. VII; et c'est encore ainsi que les textes dénient quelquefois la qualité de servitudes à des droits qui constituent cependant de véritables droits d'usage, et par conséquent des servitudes personnelles. Je stipule qu'il me sera permis de me promener dans votre jardin, ou d'y faire mon souper, ou d'y manger du fruit : la L. 8, D. VIII, 1, décide qu'on ne saurait voir dans cette stipulation une *servitus,* ce qui veut dire qu'on ne saurait y voir une servitude prédiale; car quoiqu'il y ait assujettissement d'un fonds, le droit ne se conçoit pas même pour l'usage d'un autre fonds; il est établi uniquement pour l'usage d'une personne avec laquelle le droit s'éteint; c'est pourquoi il y a servitude personnelle en non servitude prédiale.

3. Suivant l'objet du droit on divise les servitudes en affirmatives et négatives.

La servitude est une restriction et même un démembrement du

droit de propriété; elle atteint ce droit dans l'une ou l'autre de ces deux manifestations essentielles : 1° d'empêcher les tiers d'user ou de disposer de notre propriété; 2° d'en user nous-mêmes et d'en disposer à notre gré. Si l'usage, la jouissance, ou certains droits de disposition sont concédés au profit d'une autre personne ou d'un autre fonds, la servitude est affirmative. Si la faculté d'user soi-même de la chose ou d'en disposer est restreinte à quelques égards, si le propriétaire peut être empêché dans son droit de disposition, la servitude est négative.

4. Lorsqu'on envisage la manière dont les servitudes s'exercent, on peut les diviser : 1° en qualifiées et simples, et 2° en continues et discontinues.

La servitude est qualifiée, lorsqu'elle s'exerce au moyen d'ouvrages faits de main d'homme, comme par exemple les servitudes *oneris ferendi, tigni immitendi, protegendi, projiciendi.* Elle est simple lorsqu'elle s'exerce indépendamment de tout ouvrage, de toute œuvre quelconque, soit par le fait du propriétaire dominant, soit par le *non facere* du propriétaire du fonds assujetti.

Cette distinction n'est point d'origine romaine, mais appartient aux commentateurs du droit romain; elle répond à la division des servitudes du droit moderne, en servitudes apparentes et continues, et servitudes qui n'ont aucun de ces deux caractères; distinction qui dans ce droit présente cette utilité pratique que les premières seules sont régulièrement susceptibles de possession, tandis que les secondes ne le sont qu'exceptionnellement, lorsque leur exercice est accompagné d'un titre (art. 690 et 691 du Code civil).

La servitude est continue lorsqu'elle s'exerce indépendamment du fait du propriétaire, soit par des ouvrages faits de main d'homme, soit par le *non facere* du propriétaire du fonds assujetti; elle est discontinue lorsque son exercice exige un fait de la part du propriétaire du fonds dominant.

Le mot *continu,* appliqué aux servitudes du droit romain, se prend encore dans une deuxième acception; il sert quelquefois à désigner une servitude qui peut s'exercer pendant toutes les parties de l'année, comme par exemple la servitude de prise d'eau qui

quelquefois ne s'exerce que pendant certaines saisons, ou la servitude de passage qui peut n'exister que pour quelque partie de la journée (1).

5. Quelques auteurs divisent aussi les servitudes en régulières et irrégulières, division qu'ils font reposer sur cette considération, que certaines servitudes, qui sont réelles de leur nature, comme par exemple les servitudes de passage, de puisage, etc., sont susceptibles aussi d'être constituées non pas seulement au profit d'un fonds et à perpétuité, mais aussi au profit d'une personne sa vie durant, auquel cas ces servitudes ont cela de commun avec les servitudes personnelles, qu'elles s'éteignent avec la personne qui en jouit; et elles conservent en même temps ce caractère propre aux servitudes prédiales, que bien que constituées pour la vie d'une personne seulement, elles ne sauraient cependant se concevoir sans la vicinité d'un héritage appartenant à la personne qui jouit du droit, héritage qui paraît nécessaire pour donner au droit de servitude sa mesure et sa délimitation juridique (2). Si cette distinction était purement théorique et nominale, nous croirions devoir nous dispenser de discuter la question; mais il n'en est pas ainsi. Si Mühlenbruch prétend qu'une servitude qui de sa nature est réelle, constitue, lorsqu'elle est établie au profit d'une personne, une servitude irrégulière, c'est qu'il est d'opinion qu'une telle servitude ne peut être valablement constituée au profit d'une personne déterminée, qu'à la condition que cette personne possède un héritage voisin, pour l'utilité duquel cette servitude est exercée. Et si De Loehr et Vangerow contestent l'existence de servitudes irrégulières, c'est que, d'après eux, la servitude qui, en soi, est réelle, pourrait se constituer au profit d'une personne, alors même que celle-ci ne posséderait aucun héritage voisin qui pût en profiter. La controverse roule principalement sur la L. 14, § 3, D. XXXIV, 1, laquelle, selon nous, prouve évidemment la

(1) L. 7, D. VIII, 6; — L. 1, § 3, L. 2, L. 5, D. XLIII, 20.

(2) Telle est l'opinion de Muhlenbruch, *Archiv für die civilist. Praxis*, XV, p. 382; et de Westphal., *Interp. juris civilis de servit. et libert. praediorum*, § 523 (Leipzich, 1778). — Mais cette opinion est combattue par Vangerow, Loehr (*Neues Magazin fur Rechtwiss.*, III, n° 16), et Hasse (*Rhein. Museum*, I, p. 73).

thèse de Mühlenbruch; car il y est dit en termes formels qu'une servitude prédiale léguée à celui qui n'a aucun héritage voisin, constitue un legs nul : *Nec videri inutile fideicommissum,* dit cette loi en parlant de ce legs, *quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relictâ;* puis la loi ajoute : *Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae* (c'est-à-dire peuvent être constituées au profit d'une personne), *tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.*

Les adversaires sentent si bien la portée de cet argument, qu'ils sont forcés de faire violence au texte et de lire : *non inutiliter relinquitur.* Mais l'opinion de Mühlenbruch se trouve confirmée en outre par les L. 5, 6, et 37, D. VIII, 3; et il ne se rencontre rien dans le texte de la L. 14, § 3, D. XXXIV, 1, qui puisse y autoriser le changement proposé par les auteurs que nous combattons.

Voici le cas sur lequel statue cette dernière loi, qu'il importe d'analyser. Un testateur avait légué à ses affranchis des aliments et de l'eau. Le legs d'eau pouvait paraître inutile pour un motif, et nul pour un autre motif. Le jurisconsulte prend à tâche de démontrer que dans l'hypothèse de cette loi, le legs d'eau est réellement le complément du legs d'aliments, et qu'il n'est ni inutile ni nul dans ses effets.

Il a pu paraître inutile, comme se rapportant à un objet sans valeur que le légataire n'a nul intérêt à demander, parce qu'il peut se le procurer partout, et souvent même avec moins de peine; — cette objection est écartée par la considération que le legs a été fait dans une région de l'Afrique où l'eau est rare et s'acquiert à prix d'argent, *cum in eâ regione Africae res agi proponebatur, ubi aqua venalis est;* d'où Ulpien déduit l'obligation pour l'héritier de payer aux légataires le prix de l'eau nécessaire pour leur usage, et déclare le legs valable, soit que le testateur ait eu des citernes, soit qu'il n'en ait pas eu.

Mais le legs n'est-il pas nul, continue Ulpien, comme constituant une servitude qui aurait été léguée à celui qui ne posséderait aucun fonds à proximité du fonds assujetti, puisque le droit de puiser de l'eau ou le droit de mener les bestiaux à l'abreuvoir, peut être constitué au profit d'une certaine personne seulement,

et est cependant inutilement légué à celui qui n'habite pas dans le voisinage. A cette objection Ulpien répond : non, le legs dont il s'agit n'est pas nul, car l'eau a été léguée à la personne, ce qui veut dire que l'eau n'a pas été léguée pour les besoins d'un fonds déterminé, aussi longtemps que telle personne l'occuperait, mais uniquement pour les besoins du légataire, abstraction faite de tout fonds et comme devant servir de complément au legs d'aliments.

L'observation à laquelle Ulpien répond ici, prouve évidemment que la servitude qui est prédiale de sa nature, ne peut être utilement établie au profit d'une personne seulement, qu'à la condition que cette personne possède un héritage voisin du fonds assujetti. La même condition de la vicinité du fonds est formellement requise par la L. 5, D. VIII, 3, rapprochée de la L. 4, D. *eod.* La L. 5 dit que ce sont les besoins du fonds dominant qui déterminent l'étendue de la servitude, quoique du reste la durée de la servitude soit restreinte à la vie d'une personne désignée. Une telle servitude paraît donc avoir été, à juste titre, qualifiée d'irrégulière, car bien que constituée au profit d'une personne qui, seule, tant qu'elle possède le fonds, peut en jouir, elle conserve un caractère réel en ce que son existence est subordonnée à la condition que celui qui exerce le droit, possède un fonds qui en détermine en même temps l'étendue. Dans l'espèce des L. 4 et 5, D. VIII, 3, cette servitude constitue un droit d'usage irrégulier; et dans l'espèce de la L. 6, D. *eod.*, la concession du droit de prendre de la marne sur le fonds voisin, faite au profit d'une personne, constitue, lorsque cette marne doit servir à la fabrication d'objets de poterie destinés au commerce, un usufruit partiel, lequel est irrégulier parce que l'usufruitier doit avoir un fonds où la poterie est établie.

Un seul texte, la L. 37, D. VIII, 3, paraît supposer que dans le cas qui nous occupe, la possession d'un fonds ne serait pas nécessaire; mais en réalité, il n'en est rien; ce texte suppose seulement que la servitude peut être valablement léguée lors même que les éléments requis pour son existence actuelle n'existent pas encore, pourvu que le legs ait été fait sous la condition que ces éléments existeront, c'est-à-dire sous la condition que le fonds grevé

ou le fonds dominant sera acquis (1). Cette loi porte : Lucius Titius avait un puits creusé par son père dans l'isthme de Corinthe; il a fait à son frère un legs ainsi conçu : Je lègue et concède gratuitement à mon frère Sejus un volume d'eau de la grosseur d'un doigt, dont il pourra disposer soit pour la maison qu'il occupe dans l'isthme, soit partout ailleurs, *quocunque voluerit,* ce qui suppose nécessairement une autre maison, un autre fonds assez voisin. Ce que le testateur a voulu, c'est que la jouissance du volume d'eau ne fût pas établie au profit de la maison, mais au profit de Sejus, pour qu'il en jouit alors même qu'il occuperait une autre maison que celle habitée au moment de l'ouverture du legs; d'où la conséquence que la servitude étant personnelle, et Sejus jouissant à titre d'usager, son droit ne saurait passer à ses héritiers. Ce texte prouve donc à l'appui de l'opinion que nous avons émise, car il en résulte que l'ayant-droit doit toujours occuper un fonds pour que la servitude soit valable.

6. Toute propriété est présumée libre; il s'ensuit : 1° que le propriétaire peut disposer de la propriété comme il l'entend; 2° qu'il peut empêcher toute autre personne d'en disposer. Pour qu'il soit dérogé à ces deux facultés inhérentes à la propriété, il faut qu'on démontre l'existence d'une servitude, ou que la loi elle-même y ait apporté quelque restriction dans l'intérêt de tous. Nous montrerons d'abord l'application de ces deux principes, nous indiquerons ensuite les restrictions principales qui y sont apportées par la loi.

Le propriétaire peut disposer de la chose comme il l'entend, et il le peut lors même que le voisin en ressentirait quelque dommage, pourvu que son action reste renfermée dans les limites matérielles de sa propriété. Ainsi il peut modifier la chose pour son plus grand avantage ou son plus grand agrément. Il peut donc élever sur son terrain des constructions ou y faire des plantations d'arbres, les jours du voisin en dussent-ils être diminués. Mais il ne peut faire des constructions qu'à six pieds de l'extrême

(1) V. L. 23, § 1, D. VIII, 2; — L. 10, D. VIII, 3; — L. 21, D. VIII, 5.

limite de sa propriété, par une restriction que la loi romaine apporte à la propriété dans l'intérêt de tous (1).

Il peut pratiquer dans ses murs des fenêtres d'aspect, mais ces murs, d'après ce qui précède, doivent aussi être à une distance de six pieds de la propriété voisine. Il peut creuser des fossés, des étangs, des canaux, des puits, dût-il même en résulter que la source du puits voisin fût tarie (2). Le propriétaire ne saurait être gêné dans aucun de ses droits de disposition, à moins qu'on ne démontre que sa propriété est grevée d'un droit de servitude au profit de celui qui veut l'empêcher.

Le propriétaire peut empêcher toutes autres personnes d'exercer sur sa propriété des droits de disposition, quels qu'ils soient. Il peut leur interdire de chasser et même de passer sur sa propriété; il peut en général empêcher le tiers de poser tous actes qui sortent matériellement des limites de la propriété voisine. Ulpien, à la L. 8, § 6, D. VIII, 5, exprime cette règle en disant : *In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.* En vertu de cette règle je puis m'opposer à ce que le voisin ait un balcon ou des constructions qui fassent saillie sur ma propriété; je puis m'opposer à ce que le voisin fasse écouler sur ma propriété des immondices ou des eaux, autres que celles qui tombent du ciel, qui découlent d'une source, naturellement, par la pente des lieux. Je ne dois pas souffrir que les branches d'arbre d'un fonds voisin s'étendent sur le mien. La loi romaine n'a pas prescrit de distance pour la plantation des arbres, mais s'ils étendent leurs branches au-dessus de ma propriété, j'ai le droit de les ébrancher jusqu'à une hauteur de quinze pieds (3).

Le propriétaire ne doit pas souffrir que la fumée d'une maison située plus bas que la sienne vienne se répandre dans ses appartements, ni que le voisin établisse contre son mur des tas de fumier ou des matières humides ou corrosives qui le détériorent; il ne doit souffrir enfin aucun acte qui directement dégraderait ou modifierait sa propriété d'une manière quelconque, à moins que ces

(1) L. 9 et L. 1 4; D. VIII, 2; — L. 12, C. VIII, 10.
(2) L. 1, § 12, D. IX, 3; — L. 6, C. III, 34.
(3) D. XLIII, 17; — L. 1, C. VIII, 1; — Voyez les art. 666, 671, etc., du Code civil.

actes ne soient posés en vertu d'un droit de servitude (L. 8, §§ 5 et 6; et L. 17, § 2, D. VIII, 5).

Telles sont les applications que les textes font du principe que toute propriété est présumée libre.

7. Un corollaire de ce principe est, que la servitude comme restriction du droit de propriété, est de stricte interprétation, et doit être exercée selon le mode le moins préjudiciable au fonds assujetti. Ainsi l'usufruit légué à une personne et à ses héritiers, est restreint aux héritiers du premier degré; et il y a dans cette disposition deux usufruits distincts; de même, l'enfant né de l'esclave, parce qu'il n'est pas *in fructu*, n'appartient pas à l'usufruitier, à moins que l'usufruit ne lui en ait été formellement légué (1). Ainsi encore lorsqu'un droit de passage sur un fonds a été stipulé sans désignation du lieu où il doit s'exercer, le choix, quoique appartenant en principe au stipulant, est cependant soumis à l'arbitrage, et doit être fait de telle sorte que le fonds assujetti en souffre le moindre préjudice possible (2).

Autre exemple : Lorsque j'ai deux fonds et que je vends le fonds supérieur à condition que j'en recevrai les eaux, ce serait une extension du droit de servitude que je n'aurais pas besoin de tolérer si l'acheteur recevait sur le fonds dominant les eaux d'une autre de ses propriétés et que ces eaux réunies à celles du fonds dominant fussent toutes dirigées sur le fonds asservi. — Telle est la décision de la L. 29, D. VIII, 3.

Enfin, si après avoir acquis la propriété d'un héritage qui était assujetti au mien, je revends cet héritage, il sera acquis franc et libre, parce que la réunion des deux héritages a éteint le droit de servitude et que l'établissement de ce droit ne se présume pas (3).

Cependant, comme d'après le Code civil la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes qualifiées, c'est-à-dire des servitudes à la fois continues et apparentes, il faudrait admettre que le fonds vendu jouit du droit de servitude, si la servitude dont il s'agit est qualifiée et que le vendeur ait laissé

(1) L. 3, § 2, D. VII, 1; — L. 28, § 1, D. XXII, 1; — L. 68 pr., D. VII, 1.
(2) L. 13, §§ 1 et 3, D. VIII, 3; — L. 9, D. VIII, 1.
(3) L. 30, D. VIII, 2; — L. 10, D. VIII, 4.

subsister l'état des choses, les ouvrages faits de main d'homme qui attestent l'existence de la servitude. Nous verrons plus loin qu'il n'en était pas ainsi en droit romain.

8. Dans l'intérêt de la propriété en général, tout propriétaire qui fait des constructions doit se tenir à une distance de six pieds de l'extrême limite de sa propriété. Les maisons étaient donc distantes d'un intervalle de douze pieds (1).

En droit moderne, sauf les prescriptions des réglements locaux pour certaines constructions, telles que forges, fours, fourneaux, cheminées, il n'est pas nécessaire d'observer pour les constructions une distance quelconque (art. 674); un espace intermédiaire entre les constructions et la propriété voisine n'est requis que lorsque le propriétaire qui fait les constructions veut établir vis-à-vis de la propriété voisine des fenêtres d'aspect, ou des balcons, ou même des vues obliques. S'il veut avoir des fenêtres d'aspect ou des balcons, il doit laisser un espace de six pieds de l'extrême limite (art. 678); s'il veut avoir de vues obliques, l'espace sera de deux pieds (art. 679). Une seconde restriction à la liberté des constructions est établie par la L. 14, § 1, C. III, 34, qui fait défense à tout propriétaire de construire des bâtiments à proximité d'une grange, de telle sorte que les bâtiments intercepteraient le courant d'air nécessaire pour séparer le grain de la menue paille. Une troisième restriction au droit de propriété, qui constitue aussi une espèce de servitude légale, consiste dans l'interdiction *de glande legenda*. A la différence des constructions qui ne pouvaient être faites qu'à six pieds de l'extrême limite, les arbres pouvaient être plantés à une distance quelconque; mais le voisin pouvait, après sommation, couper les branches qui pendaient au-dessus de son fonds, jusqu'à une hauteur de quinze pieds; il pouvait aussi garder une partie des fruits qui tombaient sur sa propriété, les deux tiers, mais il devait souffrir que le propriétaire de l'arbre vint sur son fonds recueillir l'autre tiers. C'est ce que la L. 1, D. XLIII, 28, exprime par ces mots : *tertio quoque die*.

Les dispositions de l'édit *de glande legenda et de arboribus cae-*

(1) D. 12, §§ 1, 2 et 3, C. VIII, 10; — L. 1, § 17, D. XXXIX, 1; — L. 14, D. VIII, 2.

dendis sont sans application chez nous; car les arbres de haute tige ne peuvent être plantés qu'à une distance de deux mètres du fonds voisin, en vertu de l'art. 671.

Une autre restriction au droit de propriété consiste dans la charge qui incombe à tout fonds inférieur de recevoir les eaux de pluie et les eaux de source qui découlent de l'héritage supérieur par la pente naturelle des lieux, sans que cependant cette charge puisse être aggravée par des travaux quelconques qui seraient exécutés sur le fonds supérieur (L. 1, § 22, D. XXXIX, 3). Comme cette servitude tend à consacrer un état de choses qui résulte de la situation naturelle des lieux, plusieurs jurisconsultes l'appellent aussi servitude naturelle, pour indiquer que ce n'est pas une servitude proprement dite, mais une délimitation légale du droit de propriété, car la servitude véritable suppose une diminution de ce droit d'une part, et une extension du droit de propriété d'autre part.

Il est encore deux autres restrictions au droit de propriété qui ont été dictées par l'équité et qui méritent d'être signalées. Nous venons de voir que je puis dans mon fonds creuser un puits, dût-il même en résulter que les sources du puits voisin en fussent taries; c'est là une conséquence directe de mon droit de propriété, lequel s'étend sur ce qui est en-dessous comme sur ce qui est en-dessus. Toutefois, si inhérente que soit cette faculté à mon droit de propriété, comme il peut en résulter un détriment pour le voisin, la loi en subordonne l'exercice à la condition que cet exercice soit utile à mon fonds, et que je n'agisse pas dans l'intention de nuire à autrui. S'il était démontré que l'eau de source abonde dans mon fonds, ou si je pouvais creuser mon puits et me procurer sur mon fonds la quantité d'eau nécessaire, sans couper les sources qui alimentent le puits du voisin, celui-ci pourrait s'opposer à mon entreprise et intenter contre moi l'action du dol, comme le décide la L. 1, § 12, D. XXXIX, 3.

Une autre restriction commandée par l'équité, se trouve consacrée par la L. 2, § 6, D. *eod.* — On sait que le propriétaire d'un fonds inférieur peut se plaindre de toute œuvre par laquelle le propriétaire supérieur changerait le cours naturel des eaux

pluviales, et peut forcer celui qui aurait commis une telle entreprise sur son sol, à remettre les lieux en état. Mais, si cet état avait été changé par un événement non imputable au propriétaire supérieur, si la violence des eaux causée par des pluies fréquentes avait renversé des digues naturelles ou faites de temps immémorial sur le fonds supérieur, le propriétaire inférieur ne pourrait pas au moyen de l'action *aquae pluviae arcendae*, forcer le propriétaire supérieur à restituer les lieux; car on peut bien au moyen de cette action forcer le propriétaire du fonds supérieur à ne rien faire qui nous soit nuisible, mais non pas l'obliger à faire ce qui vous est utile. Cependant Paul décide à la L. 2, § 5, D. XXXIX, 3, que le propriétaire inférieur qui a intérêt à ce que les lieux soient remis en état, peut forcer le propriétaire supérieur à souffrir qu'il reconstruise les digues à ses propres frais et sans dommage pour le propriétaire supérieur : *Haec enim aequitas suggerit etsi jure deficiamur*.

9. La servitude ne peut pas consister *in faciendo*, ce qui veut dire que la servitude n'est qu'une restriction apportée à la propriété, et non pas à la liberté du propriétaire, en d'autres termes, qu'elle oblige le fonds, et non pas la personne du propriétaire ou du possesseur.

Lorsque je fais une concession de servitude, c'est-à-dire lorsqu'un droit est établi à la charge d'un fonds et au profit d'un autre fonds, les parties peuvent bien déroger à cette règle générale : que celui qui jouit du droit de servitude, doit faire tout ce qui est nécessaire pour que la servitude s'exerce, et doit entretenir les lieux dans l'état qui a été établi pour l'exercice de la servitude; mais cette dérogation, qui n'est qu'une clause accessoire de la concession de servitude, n'oblige pas absolument le possesseur du fonds asservi, qui peut toujours s'affranchir de la charge d'entretien en abandonnant le fonds; ce qui fait dire à Labeon, à la L. 6, § 2, D. VIII, 5, que malgré cette dérogation, c'est toujours le fonds et non la personne qui doit la servitude.

Cette clause qui caractérise la servitude *oneris ferendi*, comme nous le verrons plus loin, n'établit donc pas une exception au principe *servitus in faciendo consistere non potest*, car ces rapports

entre deux héritages qui constituent la servitude, existent dans la *servitus oneris ferendi* par cela seul que les constructions d'un fonds reposent sur le mur de l'autre fonds. Les caractères essentiels de la servitude se rencontrent donc ici, et la clause qui nous occupe n'y change rien; elle modifie seulement les effets naturels de la servitude, à savoir que le mur de soutènement sera entretenu par le propriétaire du fonds assujetti, au lieu de l'être par celui du fonds dominant, de telle sorte cependant que le propriétaire du fonds assujetti ne peut pas être dit assujetti lui-même à la charge, puisqu'il peut s'en affranchir en abandonnant le fonds asservi.

De ce que la servitude ne peut consister *in faciendo,* il suit qu'on ne saurait voir un droit de servitude dans cette clause de la L. 81, § 1, D. XVIII, 1, par laquelle le propriétaire d'un fonds, Lucius Titius, promet de fournir chaque année à la maison de campagne de Gajus Sejus une certaine quantité de blé récolté sur ses terres. Cette stipulation n'est aucunement faite dans l'intérêt d'un fonds, elle ne change rien à la condition, à la qualité des terres de Sejus; elle ne change ni les rapports du sol, ni ceux de la superficie, et cependant c'est ce qui caractérise la servitude : *Quid enim aliud sunt jura praediorum,* dit la L. 86, D. L, 16, *quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.* Par conséquent la stipulation dont il s'agit ici, n'a qu'un caractère purement personnel d'obligation; elle lie Lucius Titius et ses héritiers envers Gajus Sejus et ses héritiers; mais elle ne lie aucunement le tiers acquéreur du fonds de Lucius Titius, ainsi que le décide la L. 81, § 1, quand même on aurait ajouté à l'acte de vente cette clause qui d'ailleurs est toujours sous-entendue : *Quo jure, quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur.*

Il ne faut non plus voir un droit de servitude dans la stipulation par laquelle on s'engagerait à faire des parcs de fleurs ou à peindre des murs à fresque pour procurer au voisin une vue plus agréable (L. 15, § 1, D. VIII, 1). Une telle servitude, si ce mot pouvait s'employer, consisterait *in faciendo.* Faites en effet abstraction du fait de planter des parcs ou de peindre les murs à

fresque, et il ne reste plus rien, il ne reste plus le moindre élément d'un droit de servitude, tandis que dans la servitude *oneris ferendi,* ôtez la clause par laquelle le propriétaire du fonds asservi s'engage à entretenir le mur de soutènement, il restera toujours tous les éléments d'un droit de servitude.

10. Pour que la restriction apportée au droit de propriété constitue une servitude, il faut qu'il en résulte un avantage, soit pour un autre fonds, soit pour une personne; en d'autres termes il faut qu'elle améliore la condition d'un fonds ou qu'elle en rende la possession plus agréable, ou enfin que cette restriction permette à une personne d'user ou de jouir de la chose d'autrui. Si la restriction apportée aux droits de propriété n'amenait aucun de ces résultats, si elle ne devait avoir qu'un résultat préjudiciable, elle serait nulle et de nul effet; il ne saurait y avoir de charge, comme il ne saurait y avoir d'obligation, lorsque personne n'est intéressé à ce qu'une propriété soit grevée ou à ce qu'une personne soit obligée.

Il n'y a pas de servitude, dit la L. 15, D. VIII, 1, si vous promettez de ne pas vous rendre à votre campagne, de ne pas en jouir; mais il y aurait servitude si vous me promettiez de ne pas y creuser de puits, parce que le creusement d'un puits pourrait avoir pour effet de me priver d'eau ou de rendre les eaux plus rares sur mon fonds.

Ainsi il faut un intérêt dans la personne du concessionnaire; mais remarquons-le, cet intérêt existe lorsque la concession a pour objet de rendre seulement la condition d'un fonds plus agréable, d'en étendre la vue, d'en augmenter le jour, de la pourvoir d'eau, cette eau ne dût-elle pas servir aux irrigations, dût-elle n'être dirigée sur le fonds dominant que dans un but d'agrément (1).

La L. 19, D. VIII, 1, si l'on ne perd pas de vue que l'intérêt d'agrément suffit pour qu'il y ait servitude, n'est nullement contraire aux principes que nous venons d'énoncer. Lorsqu'on vend un fonds, dit ce texte, on peut se réserver un droit de servitude

(1) L. 3, L. 15, D. VIII, 2; — L. 3 pr., D. XLIII, 20.

pour un autre fonds dont on demeure propriétaire, quoique cette servitude ne soit pas utile. On peut se réserver par exemple la faculté de conduire de l'eau sur un autre fonds alors même que cela n'importerait pas à celui qui stipule, car il y a des choses que nous pouvons avoir sans que nous en fassions usage.

Deux conditions concourent ici pour écarter toute opposition entre ce texte et la L. 15, D. VIII, 1, que nous venons de citer plus haut. D'abord ce texte comparé à la L. 3, D. XLIII, 3, signifie qu'il n'est pas nécessaire qu'une concession soit de stricte utilité pour qu'elle implique servitude, et il veut dire aussi que, quand une servitude est stipulée au profit d'un fonds, comme la servitude de conduit d'eau, il n'est pas nécessaire que le propriétaire actuel du fonds, qui stipule la servitude, y trouve de l'utilité; il suffit que cette utilité puisse exister, il suffit, pour que la stipulation soit valable, que celui qui succède dans la propriété du fonds puisse y trouver un avantage, soit d'agrément, soit d'utilité. Or il peut changer la destination du fonds, et dans ce cas la servitude lui serait directement utile.

11. Le propriétaire d'un fonds ne saurait avoir un droit de servitude sur son propre fonds. Mais peut-on avoir une servitude sur un fonds dont on est copropriétaire par indivis? Et peut-on avoir au profit d'un fonds dont on est copropriétaire par indivis, une servitude sur son propre fonds?

Ces questions reçoivent des solutions différentes, d'après l'époque où l'indivision a commencé. Il faut, avant tout, rechercher si la constitution de la servitude est antérieure ou postérieure à l'indivision, car lorsqu'il s'agit de l'établissement d'une servitude, la question se résout autrement que lorsqu'il s'agit de la conservation d'une servitude déjà établie.

Quand il s'agit de l'établissement d'une servitude, la règle *rei propriae non est servitus,* combinée avec le caractère de l'indivisibilité dont sont affectées toutes les servitudes excepté l'usufruit, produit cette conséquence : que personne ne peut acquérir ni pour son fonds une servitude à charge d'un fonds dont il est copropriétaire par indivis, ni pour le fonds qu'il possède par indivis, une servitude à la charge de son propre fonds. Le motif en est que

lorsqu'on est copropriétaire de l'un ou de l'autre fonds, il ne saurait y avoir de servitude que pour une portion indivise, ce qui est juridiquement impossible, car la servitude étant indivisible ne s'acquiert pas pour une portion indivise (1).

Quand il s'agit de la conservation d'une servitude, l'indivisibilité qui affecte ce droit, conduit à cette autre conséquence, que si l'on suppose une servitude entre deux fonds, appartenant à différents propriétaires, la copropriété que le propriétaire du fonds dominant acquerrait sur le fonds asservi, ou celle que le propriétaire du fonds asservi acquerrait sur le fonds dominant, laisserait subsister la servitude; car comme elle est indivisible, elle ne saurait s'éteindre pour une portion indivise (2).

Remarquons cependant que si les servitudes ne s'acquièrent ni ne s'éteignent pour des portions indivises, elles peuvent cependant s'acquérir et s'éteindre pour des portions divises. Ainsi je puis stipuler que telle partie de mon fonds seulement jouira du droit de servitude, ou je puis renoncer à une servitude pour telle portion de mon fonds. De même, si le fonds dominant a été partagé, la servitude peut s'éteindre par non-usage pour telle portion déterminée, si celui auquel cette portion est échue en partage n'a pas exercé son droit pendant le temps prescrit (3).

Cette distinction entre les parties indivises et les parties divises du fonds nous montre qu'il n'y a pas d'opposition entre les textes que nous venons de citer, et la L. 40, D. VIII, 2, ainsi conçue : *Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto* PARIETE COMMUNI, *nullo jure immisisse respondi.* Car le mur que la loi désigne par ces mots *paries communis,* est un mur non pas commun par indivis, mais placé sur la limite des deux fonds, et appartenant aux deux propriétaires à raison du sol qu'il occupe, *pro regionibus,* comme l'arbre placé sur la limite de deux champs. Cette interprétation est acceptée par les meilleurs auteurs, et se justifie par des passages de Cicéron, où les mêmes expressions sont employées avec la signification que nous leur assignons ici.

(1) L. 8, § 1, D. VIII, 1; — L. 26, D. VIII, 2; — L. 6, § 1, D. VIII, 4, etc.
(2) L. 8, § 1, D. VIII, 1; — L. 140, § 2, D. XLV, 1.
(3) L. 7, D. VIII, 1; et L. 6, § 1, D. VIII, 6.

12. Le droit de servitude ne saurait être lui-même l'objet d'une servitude : *Servitus servitutis esse non potest,* dit la L. 1, D. XXXIII, 2. Cette règle est fondée tout à la fois sur ce que la servitude considérée en elle-même, est inaliénable, et sur ce qu'établie seulement pour le fonds, elle ne saurait servir qu'aux besoins du fonds pour lequel elle a été acquise. De ce principe la L. 24, D. VIII, 3, tire cette conséquence, que si j'ai le droit de dériver du fonds de A de l'eau sur mon héritage à travers le fonds de B, je ne pourrai aucunement faire à B une concession d'eau quelconque, la servitude étant concédée seulement pour mon fonds et non pour celui de B.

Cependant il est incontestable que du consentement du propriétaire du fonds asservi, la concession pourrait avoir lieu, car cette règle est établie dans l'intérêt du propriétaire grevé; lors donc que celui-ci intervient, la concession devient valable, ainsi qu'il résulte de la L. 33, § 1, D. VIII, 3. Dans un pareil cas il n'y aurait pas servitude ayant pour objet une servitude, mais il y aurait concession d'une seconde servitude sur le même fonds asservi, au profit d'un autre fonds que le fonds dominant, ce qui se peut toujours lorsque cette concession se fait sans dommage pour la première ou du consentement du propriétaire du fonds au profit duquel la première concession a été faite.

La règle *servitus servitutis esse non potest,* s'oppose-t-elle à ce que le propriétaire qui jouit d'un droit d'aqueduc, dispose ultérieurement des eaux au sortir de son fonds?

Deux textes doivent nous guider dans la solution de cette question : la L. 33, § 1, D. VIII, 3, dont nous venons de citer les termes : *Servitutis fructus constitui non potest,* et la L. 1, § 16, D. XLIII, 20, ainsi conçue : *Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejusdem numero esse. Ergo et si forte actor confinem agrum emerit, et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti nomine velit aquam ducere : ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant : ut semel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, possit; nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.* Nous conclurons de cette loi que la règle *servitus servitutis esse non potest,* ne s'oppose pas à

ce que le propriétaire qui jouit d'un droit d'aqueduc, dispose ultérieurement des eaux qui ont traversé son fonds, de manière à les conduire à leur sortie sur un fonds attenant qui lui appartient, si toutefois la condition du fonds asservi ne s'en trouve pas aggravée, c'est-à-dire si celui qui exerce la servitude ne prend pas à cet effet une quantité plus considérable d'eau que celle qui a été stipulée par la concession. Donc s'il n'y a pas aggravation de charges, le propriétaire qui jouit du droit de conduit d'eau, peut diriger les eaux que le fonds dominant n'a pas absorbées, sur le fonds joignant qui a été acquis par lui.

Toutefois, l'on ne saurait admettre que le propriétaire du fonds dominant pût concéder à titre de servitude ces mêmes eaux à un tiers, au sortir de son fonds, car ce serait bien là établir servitude sur servitude, ce serait tirer des eaux qui sont prises sur le fonds grevé, un autre avantage que celui qui doit tourner au profit du fonds dominant. Le tiers ne pourrait obtenir cette concession que du consentement du propriétaire sur le fonds duquel les eaux sont prises.

13. Toutes les servitudes, excepté l'usufruit, sont des droits indivisibles. Cette indivisibilité manifeste ses effets dans la revendication, l'action en délivrance, l'acquisition, l'exercice et l'extinction des servitudes, ainsi que dans le partage du fonds dominant ou du fonds asservi.

Vu l'importance de ce caractère commun à toutes les servitudes, et le grand nombre de difficultés que s'y rattachent, nous en traiterons spécialement après avoir exposé les autres principes généraux par lesquels les servitudes sont régies.

14. Un autre caractère commun à toutes les servitudes, est qu'elles sont susceptibles d'une quasi-possession. En effet, elles sont des droits qui ne s'éteignent pas par l'exercice qu'on en fait; à la différence des obligations qui s'éteignent en même temps qu'on les exerce, les servitudes sont des droits permanents, et de plus des droits réels; elles soumettent directement la chose à notre pouvoir; en un mot, l'exercice du droit de servitude ne diffère de l'exercice du droit de propriété, qu'en ce qu'il est moins absolu; c'est pourquoi, si l'exercice du droit de propriété constitue la possession, l'exercice du droit de servitude constitue une quasi-

possession. Celle-ci, comme la possesion, consiste *animo et corpore*, — *animo*, c'est-à-dire dans l'intention d'exercer pour soi un pouvoir déterminé sur la chose d'autrui, et *corpore*, c'est-à-dire dans la réalisation que constituent l'acte lui-même par lequel s'exerce la servitude, et la *patientia domini*. Toutefois, quand il s'agit de la quasi-possession des servitudes, il faut faire, quant au *corpus possessionis*, la distinction que nous avons établie plus haut pour la possession des choses corporelles. Si toute possession originaire, c'est-à-dire toute possession qui soumet pour une première fois la chose à la volonté de l'homme, si l'occupation exige un contact immédiat de la personne et de la chose, tandis que la possession dérivée, ou celle qui se transmet, n'exige que le consentement des parties donné en présence de la chose même, nous verrons que, par analogie, la quasi-possession qui a pour effet de fonder la servitude, exige un acte par lequel se manifeste l'exercice plein et entier du droit de servitude, acte posé *nec vi, nec clam, nec precario*, tandis que la quasi-tradition n'exige qu'une stipulation : *per dominum non fieri quominus eo jure uti possit*.

Nous ne faisons ici que signaler cette différence; comme elle est l'objet de vives controverses, nous y reviendrons plus tard.

15. Toute servitude doit être exercée de telle sorte que les avantages qu'elle doit procurer au fonds dominant, soient obtenus avec le moins de gêne et de préjudice possibles pour le propriétaire du fonds assujetti. De cette règle, en quelque sorte de bienveillance, les jurisconsultes ont fait un précepte de droit civil; c'est pourquoi la L. 9, D. VIII, 1, dit que la servitude doit être exercée *civiliter*. Ainsi, d'après cette loi, quoique la servitude de chemin stipulée sans désignation de lieu, assujettisse tout le fonds, en ce sens que le lieu du chemin peut être choisi par le propriétaire du fonds dominant, cependant la règle, qu'on ne saurait sans profit pour soi préjudicier à autrui alors même que rigoureusement on en aurait le droit, exige que le chemin ne soit pas pris à travers les vignobles ou les bâtiments, ou à travers des endroits enfin où le passage occasionnerait un préjudice qu'il ne causerait pas ailleurs. Et au cas où les parties ne s'accorderaient pas sur la détermination du lieu, la L. 13, § 1, D. VIII, 3, veut que le différend soit

vidé par un arbitrage. Par les mêmes motifs, le lieu du passage une fois déterminé par le choix ou par un arbitrage, ne saurait plus être changé, à moins que celui qui jouit de ce droit ne s'en soit réservé la faculté par une stipulation expresse. Et encore dans ce cas, aussi souvent que ce droit s'exerce, le nouveau choix est soumis à la même règle d'équité.

On ne saurait modifier l'exercice d'une servitude, si cette modification, même sans altérer la nature de la servitude, aggrave la charge du fonds assujetti, mais on peut modifier cet exercice si le fonds assujetti en est moins grevé. La L. 20, § 5, D. VIII, 2, nous en fournit des exemples : Lorsqu'on a acquis le droit d'égout, c'est-à-dire le droit de laisser tomber l'eau qui découle d'un toit sur le fonds voisin, on peut élever le bâtiment, parce que la charge en sera moins préjudiciable, en ce que les gouttes qui tombent en pluie fine sont souvent dispersées par le vent; mais l'on ne saurait abaisser le toit, ou, si l'on a des gouttières, les placer plus bas, parce que la servitude en serait aggravée. Par la même raison on peut rentrer sa gouttière, parce qu'alors une partie de l'eau tombera peut-être sur le fonds dominant; mais on ne peut pas l'avancer, parce qu'on ne saurait faire tomber l'eau sur un endroit autre que celui qui est destiné à la recevoir.

16. Nous passons à l'exposé des règles générales qui déterminent l'étendue des charges imposées au propriétaire du fonds assujetti.

Première règle. — Le propriétaire du fonds assujetti ne peut rien faire qui empêche l'exercice de la servitude. Pour déterminer jusqu'où s'étendent les droits de propriété qu'il conserve sur la chose, l'on ne saurait formuler de règle générale; il faut à cet égard rechercher la nature de chaque servitude. On consultera avec fruit les L. 20, § 6, D. VIII, 2; — L. 13, § 1, D. VIII, 3; — L. 11, D. XXXIX, 3; — L. 5, C. III, 34, qui statuent sur des cas particuliers.

Par la même raison le propriétaire du fonds assujetti ne peut concéder une servitude qui serait un obstacle à l'exercice d'une première servitude; après avoir concédé l'*iter* il ne peut, sur le même lieu, concéder l'*aquae ductus* (L. 14, D. VIII, 3); mais il peut successivement concéder à plusieurs un droit de puisage ou

de prise d'eau en un même endroit, si les eaux peuvent suffire aux besoins des différents fonds, ou bien si les concessionnaires ne jouissent de ces servitudes qu'à des heures ou à des jours différents (L. 2, § 1, et 2, D. VIII, 3).

Celui qui a concédé une servitude de pacage sur des fonds déterminés, peut-il alors même qu'il n'y croît pas plus d'herbe qu'il n'en faut pour les besoins du fonds dominant, laisser paître son propre bétail? Gluck (X, p. 18) soutient l'affirmative; il dit que le concédant peut en ce cas laisser paître ses propres bestiaux, à moins qu'il n'y ait formellement renoncé; et qu'au cas où il n'y aurait pas assez d'herbe pour les deux troupeaux, il y aurait lieu à un arbitrage. — Mais la servitude de pacage suit tout-à-fait le principe des autres servitudes, à savoir qu'elle peut être exercée dans toute l'étendue des besoins du fonds dominant, d'où il suit que si les pâturages ne peuvent nourrir plus de bestiaux qu'il ne s'en trouve sur le fonds dominant, le propriétaire du fonds asservi ne saurait laisser paître son propre bétail, et encore moins concéder au profit d'un tiers le même droit. La L. 13, § 1, D. VIII, 3, ne saurait fournir un argument pour l'opinion de Gluck, parce qu'il n'y est pas même question d'une servitude, mais d'un droit basé sur l'usage et en vertu duquel il est permis à chaque particulier d'extraire des pierres du fonds d'autrui, moyennant le payement d'un droit foncier, disposition qui a été introduite dans le dessein de favoriser les constructions, et qui ne constitue pas une servitude, parce que la charge n'est pas librement consentie, mais établie par un usage qui a force de loi et la règle d'une manière spéciale.

Seconde règle. — Lorsqu'une servitude est établie, le fonds assujetti doit souffrir tout ce qui est nécessaire pour procurer au propriétaire du fonds dominant, l'exercice de la servitude ou l'utilité qui doit résulter de cet exercice. D'après cela une servitude expressément stipulée en implique quelquefois une seconde, sans laquelle l'exercice de la servitude stipulée serait impossible ou sans utilité pour le fonds dominant. Ainsi celui qui a obtenu la servitude de puisage, jouira par cela même du droit de passage. Et d'un autre côté, comme l'exercice de la servitude doit procurer de l'utilité au fonds, celui qui a stipulé le droit d'aller à la fon-

taine du voisin, jouira par cela même du droit d'y puiser de l'eau, parce que sans la servitude de puisage le droit d'aller à la fontaine ne serait d'aucune utilité (L. 3, § 1, D. VIII, 3).

Toutefois, ajoute la même loi, ce qui vient d'être dit de la servitude de passage tacitement impliquée dans celle de puisage, ne doit s'entendre que du cas où il s'agit d'une fontaine appartenant à un particulier. Si j'avais stipulé le droit de puiser de l'eau à une fontaine publique, il n'en résulterait aucunement que celui qui m'aurait fait cette concession, me devrait la servitude *itineris*, car la concession étant nulle pour le principal, doit l'être aussi pour l'accessoire. Par conséquent l'*iter* qui doit conduire à une fontaine publique, ne peut être stipulé utilement que par une stipulation principale.

D'après la même règle que celui qui doit souffrir l'exercice d'une servitude, doit aussi supporter ce qui procure cet exercice, l'héritier qui est grevé d'un legs d'usufruit, doit fournir au légataire le chemin nécessaire pour arriver au fonds qui est l'objet de cette jouissance. Pareillement, lorsqu'un chemin m'est concédé par un terrain marécageux et humide, il m'est permis de faire des fossés ou d'y établir une chaussée et même un pavé ou un pont, si sans ces travaux le chemin est impraticable. Enfin lorsque le lieu par où le passage doit s'exercer est plus élevé que ma propriété, il m'est permis de poser un escalier (1). La L. 15, D. VIII, 3, autorise celui qui a le droit de dériver un certain volume d'eau par un fossé, à y mettre des tubes en fer ou en grès pour empêcher l'infiltration de l'eau et pour la recueillir sans aucune perte; mais sans l'avoir stipulé, il ne saurait construire un canal en pierres (L. 17, § 1, D. XXXIX, 3).

Tous ces travaux ne doivent servir qu'à rendre possible l'exercice de la servitude, telle qu'elle existe, sans que du reste la servitude même en soit aggravée, car s'il n'est pas permis au propriétaire du fonds dominant de rien faire sur son propre fonds qui puisse aggraver la condition du fonds assujetti, à plus forte raison ne saurait-il entreprendre rien de semblable sur le fonds grevé, et devra-t-il se renfermer dans les limites de son droit.

(1) Voyez les L. 4, D. VIII, 5; — L. 10, D. VIII, 1; — L. 20, § 1, D. VIII, 2; — D. 11, D. VIII, 4; — L. 3, § 16, D. XLIII, 19.

DE L'INDIVISIBILITÉ DES SERVITUDES.

Sommaire.

17. Conséquences de l'indivisibilité quant à l'exercice et à la revendication de la servitude.
18. Quant à l'acquisition de la servitude. — Division de la matière.
19. Effets de l'indivisibilité : *a.* dans la stipulation de la servitude.
20. *b.* Dans sa constitution.
21. *c.* Dans l'action *ex stipulatu.*
22. De l'indivisibilité des servitudes en droit français.
23. Effets de l'indivisibilité en droit français : *a.* lorsqu'un seul des copropriétaires a stipulé une servitude.
24. Suite.
25. *b.* Lorsque seul il en a concédé une.
26. Effets de l'indivisibilité de la servitude, dans son extinction :
    a. Par confusion,
27. *b.* Par prescription,
28. *c.* Pàr remise.
29. Effets de l'indivisibilité de la servitude :
    a. Lorsque le fonds dominant est partagé en plusieurs copropriétés distinctes;
    b. Lorsque c'est le fonds asservi qui est l'objet du partage.

---

17. De ce que la servitude est, comme nous l'avons vu, indivisible, il suit qu'elle ne peut être exercée ni revendiquée par parties. Chaque fois qu'il y a plusieurs copropriétaires du fonds dominant, chacun exercera le droit en entier, car quelle que soit la personne qui l'exerce, la charge ne saurait être augmentée, puisque cette personne devra toujours se renfermer dans la limite des besoins ou de l'utilité du fonds dominant. D'un autre côté, comme l'exercice de la servitude est indivisible, cet exercice, lors même qu'il resterait en deça de la limite du droit, a toujours pour effet d'interrompre la prescription, car un fonds ne peut être libre pour une partie, et asservie pour une autre. Quant à la revendication, si la servitude est contestée, chaque propriétaire du fonds domi-

nant peut intenter l'action pour le tout, et ne pourrait l'intenter que pour le tout, de sorte que le gain du procès profitera à tous les copropriétaires, comme la perte les atteindrait; c'est en définitive le fonds dominant qui est en cause, à qui l'on adjuge ou abjuge le droit de servitude. L'exception *rei judicatae* peut donc être invoquée par tous les propriétaires du fonds dominant contre l'action négatoire, et l'action *judicati* pourra être intentée par tous; si un seul a triomphé dans l'action confessoire, chacun réclamera pour sa part les dommages-intérêts (L. 4, § 3, D. VIII, 5). S'il y a plusieurs copropriétaires du fonds assujetti, l'action sera intentée contre celui-là qui conteste le droit, et l'exception *rei judicatae,* lorsque le demandeur triomphe, pourra être opposée à tous, mais les dommages et intérêts ne seront poursuivis par cette action que contre celui qui aura contesté la servitude (L. 4, § 4, D. VIII, 5).

18. Pour déterminer les effets de l'indivisibilité dans l'acquisition de la servitude, nous aurons successivement à les étudier :

1° Dans la stipulation de la servitude;

2° Dans la constitution de la servitude, qui se faisait dans l'ancien droit par la *mancipatio,* l'*in jure cessio,* et dans le droit de Justinien par la stipulation dont il est question à la L. 20, D. VIII, 1 : *Per te non fieri quo minus eo jure uti possit.* En effet, comme chose incorporelle, la servitude n'était pas susceptible de tradition.

3° Dans l'action *ex stipulatu* par laquelle on demande la constitution ou la délivrance de la servitude; car en droit romain la servitude ne se constitue pas en vertu du seul contrat, elle exige une quasi-tradition à l'instar de la propriété qui ne se transmet pas non plus par l'effet du contrat, mais bien par la tradition.

Ensuite nous aurons à montrer comment cette matière, en droit romain si hérissée de difficultés à cause de la forme particulière de la cession de la servitude, a été simplifiée dans le système de notre droit moderne par la combinaison de principes nouveaux.

19. Lorsqu'il y a plusieurs copropriétaires d'un fonds, un seul peut-il stipuler au profit de ce fonds un droit de servitude? Non, dit la L. 19, D. VIII, 3; car la servitude ne saurait être constituée

pour une portion indivise, pour une part de copropriété : *Si unus ex sociis stipulatur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio,* et le motif en est que telle stipulation aurait pour objet une chose impossible, *quia non dari ei potest.* Ainsi, lorsqu'un seul copropriétaire stipule une servitude, la promesse ne peut être valable pour sa part, parce qu'elle impliquerait l'impossible, et elle ne peut être valable pour le tout à cause du principe *alteri stipulari non possumus.*

Par les mêmes raisons la stipulation est encore nulle, lorsque de plusieurs copropriétaires un seul promet un droit de servitude. La L. 17, D. VIII, 1, dit en termes généraux : *Viae, itineris, actus aquaeductus pars in obligationem deduci non potest,* QUIA USUS EORUM INDIVISUS EST; en effet, l'on ne conçoit pas comment le stipulant pourrait exercer la servitude pour la part seulement du concédant, l'exercice de la servitude étant indivisible.

20. Lors même qu'une servitude a été régulièrement promise par tous les copropriétaires, elle ne saurait être délivrée par un seul, et la délivrance faite par un seul ne saurait opérer constitution du droit de servitude. *Unus ex dominis, communium aedium servitutem imponere non potest,* dit la L. 2, D. VIII, 1.

Mais la concession faite par un seul des copropriétaires, qui tous sont cependant obligés à la faire, bien qu'elle n'ait pas pour effet de constituer la servitude comme droit réel, n'est pas cependant absolument sans effet. Pour rendre moins difficile la constitution d'une servitude, lorsqu'elle est due par plusieurs copromettants ou héritiers d'un promettant qui a été seul propriétaire, les jurisconsultes ont admis, *receptum est,* dit la L. 18, D. VIII, 4, que la concession peut se faire successivement par chacun des copropriétaires obligés, de telle sorte que la servitude n'est établie que lorsque tous auront fait la concession du droit, sans que cependant, en attendant que la concession soit complète, ceux qui l'ont déjà faite, puissent s'opposer à l'exercice de la servitude, puissent se prévaloir du défaut de concession de la part de leurs coobligés (L. 11, D. VIII, 3).

Mais cette possibilité de constituer la servitude par des actes successifs n'est admise qu'à deux conditions. La première condi-

tion est que depuis la concession du premier jusqu'à celle du dernier, ceux qui sont obligés restent aussi propriétaires des fonds qu'ils ont promis de grever; si entretemps un seul vendait sa part indivise, il serait bien tenu des dommages et intérêts, car il aurait rendu l'exécution de son obligation impossible; mais cette part aurait été vendue libre, et vainement les autres copropriétaires feraient-ils la concession; celle-ci serait sans effet, car, dit la L. 18, D. VIII, 4, elle ne rétroagit pas. Il faudrait donc pour que la servitude fût constituée, que l'acheteur, qui en sa qualité de successeur à titre particulier ne succède pas dans l'obligation *ad concedendum,* eût également donné son consentement.

La seconde condition à laquelle est subordonnée la constitution de la servitude par concessions faites successivement, est que la constitution ait lieu par actes entre vifs. Si elle avait lieu par un acte pour cause de mort, par un testament, si par exemple les deux copropriétaires d'un fonds avaient légué sur ce fonds un droit de servitude, il fallait que l'acquisition du legs se fît simultanément, c'est-à-dire que leurs successions fussent acceptées simultanément pour que la servitude fût acquise : *Non enim,* dit la L. 18, D. VIII, 4, *sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi, receptum est.* On conçoit aisément pourquoi, dans le principe, la concession d'une servitude par actes entre vifs ne pouvait pas être suspendue, pourquoi la constitution ne pouvait se faire par actes successifs : la forme de l'acte constitutif s'y opposait, l'*in jure cessio* étant un *actus legitimus,* dont l'effet ni la forme ne pouvaient être scindés (1). Mais plus tard, lorsque le mode de constituer une servitude sur un *fundus provincialis* se généralisa, lorsque la servitude se constitua par la stipulation, on conçoit que les jurisconsultes purent admettre comme valable une concession opérée par des actes successifs.

Ce qui vient d'être dit pour le cas où un seul des copropriétaires d'un fonds aurait concédé un droit de servitude promis par tous, s'applique aussi au cas où ce droit aurait été concédé par le propriétaire exclusif d'un fonds à l'un des copropriétaires du fonds

(1) L. 77, et L. 123, D. L, 17; — Gaius, II, 96.

pour lequel il aurait été stipulé; la L. 18, D. VIII, 4, dit : *Idem juris est si uni ex dominis cedatur;* par conséquent la servitude ne serait pas constituée dès l'instant même, mais, si les copropriétaires restent les mêmes et qu'il s'agisse d'actes entre vifs, elle le sera lorsque la concession aura été faite aux copropriétaires et acceptée par eux. C'est pourquoi si ces derniers ne veulent pas accepter, et qu'ils empêchent l'acquisition de la servitude, ils pourront, s'ils sont cohéritiers, être poursuivis en dommages-intérêts par l'action *familiae erciscundae*, et s'ils sont communistes, par l'action *communi dividundo* (1).

De ce principe que la servitude ne peut être délivrée à un seul des copropriétaires qui l'ont stipulée, ou, pour parler en des termes plus généraux, ne peut être acquise pour une partie indivise, la L. 3, D. XXXIII, 3, fait l'application que voici : Un testateur lègue un fonds à Mevius et à Titius; il lègue de plus à Mevius, pour se rendre sur le fonds légué, un droit de passage; quel est le sort du legs de la servitude? Si Titius fait défaut, si Mevius seul recueille le legs du fonds, il est évident que le legs de la servitude est valable. Mais si Titius concourt avec Mevius pour une moitié dans le legs du fonds, le legs de la servitude fait à Mevius est nul, parce que la servitude ne saurait s'acquérir pour une moitié indivise.

La L. 11, D. VIII, 1, fait cette autre application : J'ai stipulé une servitude, avant la constitution je vends la moitié indivise du fonds : la stipulation est nulle, car elle ne pourra s'exécuter. *Corrumpit stipulationem,* dit Modestinus, en parlant du stipulant, *in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit.*

21. Avant de rechercher ce qu'on doit encore accepter aujourd'hui des principes que nous venons d'exposer, il nous reste à apprécier les conséquences de l'indivisibilité dans la demande en délivrance d'une servitude qui a été valablement stipulée.

Si une servitude ne peut être valablement promise à un seul des copropriétaires d'un fonds, cependant dès qu'elle est promise à tous, dès que tous l'ont stipulée, chacun a le droit d'intenter l'ac-

(1) L. 2, § 2, D. XLV, 1; — Rubo, *Theilbarkeit und Undtheilb. der Oblig.* p. 131.

tion *ex stipulatu, in solidum,* pour en demander la délivrance (L. 19, D. VIII, 3). Mais quel sera le résultat de cette action?

Si le vendeur ou promettant refuse de constituer la servitude, ou ne peut la constituer, ce qui arriverait, par exemple, s'il avait promis une servitude sur le fonds d'autrui, chaque créancier de la servitude, après le jugement qui aura condamné le promettant et qui peut être provoqué par un seul créancier, pourra poursuivre par l'*actio judicati* les dommages-intérêts pour sa part (L. 25, § 9, D. X, 2).

Lorsqu'une servitude a été promise par plusieurs, la délivrance pourra être demandée à chacun *in solidum*. Chacun des copromettants pourra donc être condamné solidairement aux dommages et intérêts s'il ne parvient pas à faire concourir ses coobligés à la constitution de la servitude. Toutefois celui qui aura payé les dommages-intérêts exercera son recours contre les coobligés, soit par l'action *familiae erciscundae,* soit par l'action *communi dividundo,* soit même, à défaut de communion, par l'action *negotiorum gestorum,* si plusieurs avaient promis une servitude sur le fonds d'autrui. Cette dernière action serait donnée parce que la solidarité résulte ici de l'indivisibilité de l'obligation.

22. Dans le droit français les effets que l'indivisibilité des servitudes exerce sur leur acquisition ne sont pas incontestés en tout point, mais ces effets se trouvent dans tous les cas simplifiés, parce que d'après ce droit la servitude est en même temps constituée que promise, d'où il suit qu'il ne peut pas être question de l'action en délivrance, ni d'un mode de délivrance quelconque. La servitude s'acquiert par le seul effet des conventions, par titre, disent les art. 690 et 691; il n'est donc pas question d'un acte subséquent; de là nécessairement cette conséquence que si les copropriétaires d'un fonds ont stipulé pour ce fonds une servitude ou en ont promis une à charge de ce fonds, celle-ci est nécessairement constituée. Donc ici déjà se trouvent écartées toutes les difficultés qui étaient nées dans le droit romain, de l'influence si peu remarquée par les auteurs, du mode spécial de délivrance requis pour les servitudes, et nous n'avons plus en droit français à étudier les effets de l'indivisibilité que dans ces deux cas :

a. Lorsqu'un seul des copropriétaires d'un fonds a stipulé la servitude;

b. Lorsqu'un seul des copropriétaires a consenti la servitude.

23. Lorsqu'un seul des copropriétaires d'un fonds stipulait un droit de servitude, la stipulation était nulle d'après le droit romain comme ayant pour objet une chose impossible, car on ne pouvait stipuler pour un tiers, ni stipuler pour sa part de copropriété. Qu'on ne puisse stipuler que pour soi, c'est ce que le Code admet en général, mais il admet aussi qu'on peut stipuler pour autrui, lorsqu'on stipule au nom d'autrui. C'est pourquoi, au lieu de dire comme la L. 38, § 17, D. XLV, 1 : *Alteri stipulari nemo potest,* il dit : *On ne peut en son nom stipuler que pour soi* (art. 1119), d'où il suit qu'on peut au nom d'autrui stipuler pour autrui. De là résulte déjà cette première conséquence, que rien n'empêche que l'un des copropriétaires d'un fonds ayant mandat des autres et stipulant en même temps en leur nom, ne puisse acquérir une servitude pour le fonds commun.

Mais quel serait l'effet de la stipulation si un seul copropriétaire sans mandat, stipulait un droit de servitude pour le fonds commun, en son nom seul? Ira-t-on appliquer la L. 19, D. VIII, 3, qui déclare la stipulation inutile, comme ayant pour objet une chose *quae dari non potest?* Non; en général quand il s'agit d'apprécier l'effet d'une convention, on ne peut pas recourir aux règles que, le droit romain a établies pour les stipulations. Aujourd'hui toutes les conventions sont assimilées aux contrats qui dans le droit romain étaient *juris gentium,* c'est-à-dire qu'en règle générale le consentement n'est attaché à aucune forme spéciale, et que, comme dans les conventions *juris gentium* et dans les contrats de bonne foi du droit romain, on doit interpréter toute convention, non pas selon la lettre, mais selon l'intention qui l'a dictée, selon la bonne foi et l'équité, qui suppléent à ce qui n'est pas explicitement écrit dans le contrat même ou dicté par sa lettre. Dans les stipulations au contraire, qui étaient *stricti juris,* on ne voyait que la forme, on ne voyait d'autre intention que celle qui était exprimée par la lettre même; de là ce raisonnement : « On ne peut stipuler pour autrui, chacun ne peut stipuler que pour soi;

de même on ne peut constituer une servitude pour une part indivise, donc la stipulation d'une servitude, faite par un de ses propriétaires du fonds, est inutile, — conclusion que la rigueur des principes commande, mais que l'équité repousse.

C'est pourquoi Dumoulin, appliquant à la stipulation de la servitude faite par un des copropriétaires d'un fonds commun, la disposition que la L. 18, D. VIII, 4, applique à la concession de la servitude stipulée par tous les copropriétaires, mais faite à un seul, enseigne que lorsqu'un seul copropriétaire stipule une servitude, l'effet de la stipulation est suspendu tant que les autres copropriétaires n'auront pas fait la même stipulation, ou que le partage n'aura pas distingué matériellement la part du stipulant, ou qu'enfin il ne sera devenu propriétaire exclusif de tout le fonds; de sorte que dans chacune de ces trois hypothèses la servitude sera acquise. Rien de plus juste que cette doctrine, aujourd'hui surtout que la servitude s'établit par le seul consentement, et qu'ainsi la constitution de la servitude est contenue dans la stipulation même. Mais par ce motif aussi je pense qu'il faut considérer la stipulation de servitude comme valable en principe, c'est-à-dire, non-seulement comme ayant des effets conventionnels, mais comme établissant en principe le droit de servitude, car les effets conventionnels et les effets translatifs du droit sont inséparables dans notre système de législation; de sorte que non-seulement le promettant ne pourra pas empêcher le stipulant d'exercer la servitude, mais que cet empêchement existera même pour les tiers acquéreurs du promettant, et que d'un autre côté, non-seulement le stipulant, mais encore les tiers acquéreurs du stipulant ne pourront être empêchés par le promettant ou ses ayants-cause. Cependant pour déterminer exactement les effets d'une telle stipulation faite par un seul copropriétaire, il importe de distinguer si le stipulant a eu mandat ou non, ou s'il a contracté sous réserve de ratification, s'il a contracté pour tout le fonds, ou pour sa part, en vue d'un partage éventuel; il importe enfin d'envisager la stipulation vis-à-vis du promettant et vis-à-vis des copropriétaires.

24. Lorsque le stipulant a contracté au nom de ses associés ayant

mandat d'eux, il est évident que la servitude aura pleinement été acquise au fonds dès que la convention était parfaite.

S'il a contracté sous réserve de ratification de la part de ses copropriétaires, tout sera résolu si les copropriétaires ne ratifient pas; mais s'ils ratifient, la servitude sera acquise dès le moment de la convention.

S'il a stipulé en son nom seul, si par exemple il a stipulé un droit de passage pour lui et ses ayants-cause, la servitude existera dès le principe, et les copropriétaires n'auront aucun intérêt à s'opposer à ce qu'elle soit exercée. Il y a cependant des cas où les associés auront le droit de s'opposer à l'exercice de la servitude; c'est ce qui aurait lieu par exemple, s'il s'agissait du droit de prendre du sable, de la marne ou de dériver de l'eau; mais dans ces cas la servitude sera toujours valable en principe et pourra être exercée sans obstacle d'aucune part, dès que le stipulant sera devenu seul propriétaire du fonds, ou dès qu'il aura provoqué le partage et obtenu sa portion divise. S'il résultait cependant de la convention que le contrat n'est intervenu qu'en vue du partage, alors il est évident que dans l'hypothèse où le stipulant deviendrait seul propriétaire, il ne pourrait pas exercer la servitude au profit de tout le fonds, mais seulement à raison d'une portion de terrain à désigner, correspondant à la portion indivise.

On peut donc dire que la stipulation de servitude faite par un seul stipulant est aujourd'hui valable en principe, mais que les effets en diffèrent suivant l'intention des parties. Elle est valable pour deux motifs : 1° parce que les conventions ne doivent s'interpréter dans notre droit que d'après l'intention des parties, et 2° parce que la convention seule établit la servitude.

Cependant Duranton, qui admet aussi cette validité en principe, y donne un motif qui paraît simple en apparence, mais qui est aussi illusoire qu'erroné. Selon lui la stipulation de servitude, faite par un seul copropriétaire d'un fonds, serait devenue valable en droit moderne principalement, parce qu'on y déroge valablement au principe qu'on ne peut stipuler pour autrui, lorsque la stipulation qu'on fait pour un tiers est la condition de celle qu'on fait pour soi-même (t. V, n° 467). Il paraîtrait d'après ce motif,

que le droit romain n'aurait pas admis dans la même hypothèse la dérogation au principe *alteri stipulari non possumus*. Mais ce serait là une méprise, si bien que le même auteur (t. X, n° 227) enseigne, en citant le § 38 Inst. III, 20, que rien n'empêchait, en droit romain, de donner de la force à la stipulation pour un tiers, lorsqu'on y ajoutait une peine pour le cas où la chose n'était pas faite, par ce motif qu'alors on était censé stipuler principalement la peine, sous la condition de la stipulation pour le tiers, et qu'on la stipulait pour soi. Par conséquent, si le motif que Duranton assigne à la validité, en droit moderne, de la stipulation de servitude faite par un seul copropriétaire, était le véritable, cette stipulation aurait dû être déjà valide pour le même motif en droit romain. Cette considération est de nature à nous inspirer de la défiance contre l'explication de Duranton. En effet, lorsqu'on examine bien cette explication, lorsqu'on part du principe que la condition, l'accessoire, présuppose l'existence et la validité du principal, et que l'accessoire, dans l'opinion de Duranton, est la stipulation faite pour le tiers, le principal la stipulation faite pour le stipulant, on arrive à cette conséquence inévitable, qu'on ne saurait démontrer la validité du principal par la validité de l'accessoire. Or c'est là cependant ce que fait Duranton, car quand il dit : « La stipulation de servitude faite par l'un des copropriétaires sur le fonds commun est valable, parce qu'on déroge valablement au principe, *alteri stipulari non possumus*, lorsque la stipulation qu'on fait pour un tiers est la condition de celle qu'on fait pour soi, » il est évident qu'il veut démontrer l'utilité de la stipulation faite par l'un des copropriétaires pour le fonds commun, par l'utilité de celle qui est faite pour le tiers, tandis que cette dernière stipulation n'étant que la condition de la première, suppose nécessairement, pour qu'elle produise effet elle-même, que la première soit valable en soi.

Il est donc établi que le raisonnement de Duranton n'est qu'une pétition de principe. Démontrer la validité de la stipulation en soi, voilà ce qu'il faut faire pour expliquer la différence entre le droit moderne et le droit romain; car pour ce qui concerne cette règle, que la stipulation pour un tiers est valable lorsqu'elle n'est que

la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi, les deux législations ne diffèrent réellement pas, comme le reconnait Duranton, au n° 227, t. X, bien qu'il paraisse insinuer le contraire au n° 467, t. V.

Du principe que la stipulation de servitude faite par un seul propriétaire d'un fonds est valable, il suit que les L. 3, D. XXXIII, 3, et L. 11, D. VIII, 1, ne sont susceptibles d'aucune application en droit français. Il s'ensuit encore, comme le dit Zachariæ, § 247, que le propriétaire d'un fonds peut non-seulement conserver, mais aussi acquérir sur le fonds qui lui est commun un droit de servitude, et que les L. 8, § 1, D. VIII, 1, et 140, § 2, D. XLV, 1, sont également sans application.

25. Quel est l'effet d'une promesse par laquelle un seul des copropriétaires d'un fonds consent, à la charge de ce fonds, une servitude au profit d'un autre fonds?

Les auteurs appliquent encore généralement à cette promesse les L. 38, D. VIII, 4, et L. 11, D. VIII, 3, concernant la délivrance de servitude, faite par l'un des copropriétaires qui s'étaient engagés à la constituer. La concession ne sera parfaite, le droit ne sera établi sur tout le fonds, que lorsque tous auront consenti; de plus, en attendant, le promettant ne pourra pas empêcher le stipulant d'exercer le droit. Telle est l'opinion de Duranton (V, 468).

Mais il y a plus : comme la promesse implique constitution, le droit que la L. 11, D. VIII, 3, ne reconnaît que comme personnel, se réalise et devient une charge sur la chose. Cette charge ne pourra cependant exister au détriment des copropriétaires qui n'ont pas consenti, car on ne saurait jamais disposer de la chose d'autrui; donc pour ce qui concerne ces copropriétaires, si le bien est jugé impartageable, si par exemple la servitude a été établie sur une maison et que dans la licitation la maison ait été acquise par un tiers ou par toute personne autre que celle qui a consenti la servitude, la maison passera franche et libre dans ses mains, et celui qui aura vendu la servitude devra en restituer le prix. Mais si au contraire celui des copropriétaires qui a consenti le droit, en devenait propriétaire, la concession de servitude manifesterait tous ses effets et tout le fonds serait grevé; à moins

toutefois qu'il n'eût restreint la promesse sur sa part, car dans ce cas l'exercice de la servitude demeurerait suspendu jusqu'à ce que le partage eût désigné la portion du concédant, après quoi elle s'exercerait sur cette portion dont le concédant, par l'effet rétroactif du partage, serait censé avoir toujours été propriétaire. D'après la disposition des art. 1166 et 882, on ne saurait même contester à celui qui aurait stipulé la servitude, le droit d'assister au partage, et celui de le provoquer, ou de contraindre le promettant à le provoquer lui-même. Le droit est donc constitué par la promesse d'un seul, mais il ne saurait préjudicier aux autres copropriétaires; toutefois il existe non-seulement à l'égard du promettant, mais à l'égard de tous ceux qui acquièrent sa portion indivise, comme au profit de tous les ayants-cause de l'acquéreur.

26. De ce que la servitude est indivisible, il suit qu'elle ne peut s'éteindre pour une portion indivise. Voyons l'application de ce principe quand il s'agit : *a.* de la confusion; *b.* de la prescription; *c.* de la remise.

a. Pour que la confusion éteigne la servitude, il faut que les deux fonds appartiennent en totalité au même propriétaire. Si le propriétaire du fonds dominant n'acquiert qu'une portion indivise du fonds assujetti, si grande que soit cette portion, il suffit que la portion la plus minime ne lui appartienne pas pour que la servitude soit conservée pour le tout, car elle sera toujours exercée pour la portion de l'autre propriétaire, laquelle étant indivise s'étend sur tout le fonds. Il en serait de même si le propriétaire du fonds grevé acquérait une portion indivise du fonds dominant; la servitude subsisterait toujours, parce qu'elle serait retenue pour la portion indivise que le propriétaire du fonds dominant n'aurait pas aliénée (L. 6, § 1; L. 30, § 1, D. VIII, 2).

Il en est de même si deux fonds, dont l'un est assujetti à l'autre, sont devenus communs, c'est-à-dire si le propriétaire du fonds dominant est devenu copropriétaire du fonds asservi, et réciproquement si le propriétaire de celui-ci est devenu copropriétaire du fonds dominant. Dans ce cas les servitudes sont encore retenues à raison de la portion que chaque propriétaire du fonds dominant n'a pas aliénée (L. 34, D. VIII, 3).

Il en est encore de même si deux propriétaires de fonds différents, des fonds A et B, ont chacun un droit de servitude sur un même fonds C, et qu'ils achètent en commun le fonds asservi. Chacun conserve la servitude pour la moitié indivise du fonds qui ne lui appartient pas, car elle ne peut s'éteindre pour une moitié indivise. La L. 27, D. VIII, 3, dit : *Si proprio meo et proprio tuo idem serviat, manebit servitus, quia proprio fundo per communem servitus deberi potest.* Les servitudes ne sauraient être éteintes dans ce cas, l'équité le veut ainsi d'accord avec le strict droit; car ce ne serait pas le même droit qui s'éteindrait de part et d'autre, ni un droit équivalent, la servitude de l'un des fonds pouvant être beaucoup plus avantageuse que celle de l'autre, tant à raison de sa nature qu'à raison de l'étendue des fonds.

Mais il en serait autrement si deux copropriétaires d'un fonds commun achetaient en commun le fonds asservi; dans ce cas les propriétaires du fonds dominant et du fonds asservi sont les mêmes, donc la servitude est éteinte; je dis la servitude, car chacun n'avait pas une servitude distincte, comme au cas précédent; le droit de chacun était parfaitement le même sur le fonds dominant, et leur droit sur le fonds grevé devient encore le même de part et d'autre (L. 27, D. VIII, 2).

27. *b.* Quand même pendant tout le temps requis pour la prescription, la servitude aurait été exercée seulement au profit d'une partie du fonds dominant, elle n'en serait pas moins conservée pour tout le fonds, pourvu que le fonds dominant n'eût pas commencé à appartenir à divers propriétaires pour des portions divises, *pro regionibus : nam pro certa parte fundi servitus tam omitti quam constitui potest,* dit la L. 7, D. VIII, 1. Ainsi une servitude de prise d'eau qui n'aurait servi que pour l'irrigation d'un côté du fonds, serait cependant conservée pour tout le fonds, aussi longtemps que celui-ci aurait continué d'appartenir indivisément à un ou à plusieurs. Il en serait de même, d'après la L. 9, D. VIII, 6, si le passage n'avait été exercé que sur une partie du chemin; il serait encore conservé pour le tout (1).

(1) L. 5 et L. 8, § 1, D. VIII, 6; — L. 18, D. VIII, 3.

Si le fonds appartient indivisément à plusieurs, l'exercice de la servitude par un seul conserve le droit, car la servitude étant exercée pour le fonds, elle l'est par cela même pour tous (L. 17, D. VIII, 1). Par suite de ce principe, si la prescription ne court pas contre l'un des copropriétaires, c'est-à-dire si les droits de l'un des propriétaires, d'un mineur par exemple, sont conservés, les droits de tous les autres le seront également (L. 10, D. VIII, 6). Mais tous ces effets n'ont lieu qu'aussi longtemps que le fonds est indivis; dès qu'il est partagé il en est autrement, comme nous le verrons plus loin.

28. *c.* Comme la servitude ne s'éteint pas pour une partie indivise, elle ne saurait non plus être remise pour une telle partie (L. 6, D. VIII, 1).

De cette règle la L. 34, D. VIII, 3, fait l'application que voici : si deux fonds sont assujettis l'un à l'autre et que ces deux fonds deviennent communs entre les deux propriétaires, les deux servitudes subsistent. Nous avons vu plus haut qu'elles ne sont pas éteintes par confusion, puisqu'elles sont retenues pour la partie indivise non aliénée, par chaque propriétaire dominant; mais le jurisconsulte va plus loin, il dit qu'elles ne pourraient pas même être éteintes par l'effet de la remise; car, dit-il, la liberté du fonds ne peut être acquise par un seul copropriétaire, ni être consentie par un seul, *neque adquiri libertas neque remitti servitus pro parte poterit.* La remise de la servitude par un seul copropriétaire est donc inefficace en droit romain, et laisse subsister tout le droit de servitude, comme la promesse de servitude faite par un seul est également inutile (L. 19 et 34, D. VIII, 3).

Mais en droit français, de même que cette promesse est valable de manière cependant à ce qu'elle ne nuise pas aux copropriétaires, de même aussi la remise est valable, sous la même condition qu'elle ne saurait nuire aux copropriétaires qui ne l'ont pas consentie. Il suit de là, que si la remise engage celui qui l'a faite, les copropriétaires ne sont pas moins fondés à continuer l'exercice de la servitude au profit de tout le fonds qu'ils possèdent indivisément. Quel sera donc l'effet de cette remise? Celui qui l'aura obtenue pouvait exercer les droits du copropriétaire qui a fait la

remise; il pourra demander le partage du fonds auquel la servitude est due, afin qu'elle soit réduite aux portions de ceux des copropriétaires qui n'ont pas fait la remise (art. 1166 et 882).

Si la remise est faite à l'un des copropriétaires du fonds qui doit la servitude, il est évident qu'elle ne profitera pas aux autres, parce que toute renonciation à un droit ne se présume pas, et qu'on ne peut stipuler pour autrui; il en résultera qu'aussi longtemps que le fonds grevé sera commun par indivis, celui qui a fait la remise ne pourra pas moins exercer la servitude, celle-ci étant indivisible dans son exercice. Celui des copropriétaires du fonds grevé qui a obtenu la remise, ne peut s'y opposer, parce qu'en stipulant la remise, il n'a dû l'espérer que de la manière dont elle était possible, c'est-à-dire en vue du partage avec ses copropriétaires. Ce ne sera donc qu'après le partage qu'il pourra empêcher l'exercice de la servitude sur la part qui lui sera dévolue. Que si par l'effet d'une licitation un tiers devenait acquéreur du fonds, il pourrait contraindre celui à qui la servitude est due, soit à en consentir le rachat, soit à payer une indemnité proportionnelle, et il en serait de même si par la licitation celui-là même à qui la remise a été faite devenait acquéreur du fonds grevé. Telles sont les décisions équitables qu'on trouve dans Du Moulin (*De divid. et ind.*, 3, n° 312), et dans Pardessus (n° 315 et 316).

29. La servitude étant une qualité ou une condition de la chose même, par cela qu'elle est constituée pour un fonds, est constituée aussi pour chaque partie du fonds; car cette qualité se trouve dans la partie comme dans le tout. Cela est si vrai, que lors même qu'une servitude de prise d'eau, constituée au profit d'un fonds, n'a servi qu'à l'irrigation d'une partie du fonds, l'autre partie, si elle est détachée par l'effet d'une vente, ne jouira pas moins de la servitude (L. 25, D. VIII, 3). Ce ne serait qu'à partir de la vente, que la servitude appartenant à cette partie détachée pourrait être prescrite par le *non usus*. De ce que la servitude établie pour un fonds, est nécessairement établie aussi pour chacune de ses parties, il suit que si le fonds dominant est partagé, il y aura autant de servitudes distinctes qu'il y aura de fonds distincts, résultant du partage, absolument comme si dès le prin-

cipe la servitude, au lieu d'être constituée pour tout le fonds, avait été constituée séparément au profit de chacune de ses parties. C'est pourquoi la L. 6, § 1, D. VIII, 6, porte : *Si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est atque si ab initio duobus fundis debita sit.* La conséquence immédiate en est que chaque servitude aussi se conservera et s'éteindra l'une indépendamment de l'autre : *et sibi quisque dominorum,* continue le texte, *usurpat servitutem aut non utendo deperdit.* — La loi prévoit cependant une objection : multiplier la servitude lorsque le fonds dominant est partagé, n'est-ce pas augmenter la charge du fonds assujetti? Le jurisconsulte répond que loin de nuire au fonds grevé, la multiplication de la servitude lui est au contraire favorable, en ce sens que chaque propriétaire du fonds dominant, s'il exerce la servitude après le partage, ne la conserve que pour lui, pour la fraction qui lui est échue, tandis que dans l'état d'indivision l'exercice d'un seul conserve le droit de tous. Ainsi quand il s'agit de servitudes discontinues, de servitudes rurales, lorsque le fonds dominant a été partagé, celui des copartageants qui n'aura pas exercé son droit pendant le temps de la prescription, l'aura perdu par le *non usus* (V. L. 6, D. VIII, 1).

Ces principes s'appliquent à l'*iter,* à l'*actus,* à la *via,* à l'*aquaeductus,* et en général à toutes les servitudes rurales. Cependant quand il s'agit de l'*aquaeductus,* c'est-à-dire de la servitude de prise d'eau, comme cette servitude est par sa nature moins susceptible d'être exercée indéfiniment, il s'ensuit que si le volume d'eau est déterminé, les cointéressés qui se partageront le fonds dominant, auront à arrêter entre eux un réglement concernant l'exercice de la servitude : *Ut jura aut mensurà aut temporibus discernantur,* dit la L. 17, D. X, 4.

Lorsque le fonds asservi est partagé en plusieurs portions indivises, la question de savoir si la servitude se multiplie en autant de servitudes distinctes qu'il y aura de parts séparées se résout par des distinctions : *Plusculum dubitationis ea res habet,* dit Celsus à la L. 6, D. VIII, 6. Cependant les distinctions de Celsus ne s'appliquent qu'au droit de passage; car en général, quand il

s'agit de servitudes discontinues, de servitudes rurales, soit que le fonds dominant, soit que le fonds grevé ait été l'objet d'un partage, la servitude se multipliera activement ou passivement autant de fois qu'il y aura de portions distinctes ou de fonds distincts créés par le partage.

Au sujet de la servitude de chemin, nous distinguerons donc avec la L. 6 : 1° Le cas où le lieu du passage n'a été déterminé ni par le titre, ni par le choix du propriétaire du fonds dominant, comme le cas où ce dernier s'était réservé la faculté de changer la direction du chemin; et 2° le cas où la désignation du lieu n'a point été faite, ni le choix réservé.

Dans le premier cas on reste dans la règle, et il y aura autant de servitudes que de portions dans lesquelles le fonds grevé aura été partagé; c'est là une conséquence de ce que la servitude, aussi longtemps qu'elle est indéterminée quant au lieu du chemin, aussi longtemps que le propriétaire du fonds dominant peut établir le chemin où il veut, continuera de grever chaque partie du fonds. Donc, dit la L. 6, si le propriétaire du fonds dominant n'exerce pas le passage, pendant le temps de la prescription, sur l'une des portions divises qui forment le lot d'un des copartageants du fonds grevé, ce lot sera libéré de la servitude, comme si dans le principe chaque lot avait été séparément grevé. Une objection, ajoute cette loi, paraît devoir s'élever contre cette décision : si le partage du fonds grevé met le propriétaire du fonds dominant dans le cas de perdre la servitude sur les portions divises où il ne l'exerce pas, ne s'ensuit-il pas que les propriétaires du fonds grevé porteront, par le partage, préjudice au propriétaire du fonds dominant? A cette objection le jurisconsulte répond que ce désavantage résultant d'ailleurs de l'inaction du propriétaire du fonds dominant, est balancé par cet avantage qu'acquiert ce propriétaire, d'avoir un chemin sur chacune des portions divises du fonds grevé, et par conséquent de doubler à son profit la largeur du chemin primitif; car chaque portion divise doit toute la servitude. Ainsi, au cas où le lieu du chemin est et doit demeurer indéterminé, le partage du fonds dominant ou du fonds grevé emporte autant de servitudes actives ou passives, qu'il y aura de portions divises résultant du partage.

Pour le cas où le lieu du chemin n'a été déterminé ni par le titre ni par le choix du propriétaire du fonds dominant, la L. 6, § 1, distingue ultérieurement si le fonds grevé a été partagé *secundum longitudinem, aut latitudinem viae.* Lorsque le partage a été fait *secundum longitudinem,* c'est-à-dire lorsque la ligne séparative des deux portions divises vient croiser le chemin, il y aura encore autant de servitudes que de portions divises, servitudes qui seront indépendantes l'une de l'autre, comme si le partage en avait précédé l'établissement. Lorsque le fonds a été partagé *secundum latitudinem viae,* c'est-à-dire lorsque la ligne séparative des portions divises, au lieu de croiser le chemin, en suit la direction, il n'y a qu'une seule et même servitude, et dût-il même arriver que le passage n'ait eu lieu que d'un côté, le fonds situé sur l'autre côté du chemin ne serait pas libéré, car l'usage du chemin est indivisible, et il suffit que le droit ait été exercé sur le lieu assigné, quand même le sentier n'aurait été établi que d'un côté, pour que la possession de liberté soit interrompue et tout le chemin conservé. Cependant, comme une servitude peut être remise à raison d'une *certa pars fundi,* rien ne s'opposerait à ce que, par une convention expresse, la largeur du chemin fût réduite; rien ne s'opposerait non plus à ce qu'à raison d'une *certa pars fundi* la servitude fût éteinte par confusion, ce qui aurait lieu si le propriétaire du fonds dominant achetait l'une des portions d'un fonds qui aurait été partagé *secundum latidunem viae.* Dans ce cas la servitude serait éteinte à raison de la portion de chemin comprise dans la partie qui serait acquise au propriétaire du fonds dominant, et cette confusion pourrait même entraîner le degrèvement de l'autre portion divise du fonds, si la partie de chemin prise sur cette portion était étroite au point qu'on ne saurait plus y passer. Telle est l'analyse des décisions contenues à la L. 6, D. VIII, 6.

Sommaire.

30. De la division des servitudes réelles en rurales et urbaines. — Erreurs des auteurs.
31. Définition véritable de ces deux espèces de servitudes. — Sous quelle espèce se range la servitude d'aqueduc.
32. Les servitudes prédiales sont des droits inaliénables et non susceptibles d'hypothèque, si ce n'est que les servitudes rurales peuvent être données en hypothèque comme droits à établir *in futuro*.
33. De la vicinité des deux fonds, considérée comme condition de l'existence de la servitude.
34. Suite. — Effet d'une stipulation de servitude lorsqu'entre le fonds dominant et le fonds servant se trouve un fonds intermédiaire.
35. La servitude doit avoir une cause perpétuelle. Ainsi : 1° Le propriétaire du fonds grevé ne saurait être obligé *ad faciendum;* 2° l'utilité que le fonds grevé procure au fonds dominant ne doit pas être précaire.
36. La constitution d'une servitude n'admet ni terme ni condition.
37. Existe-t-il des servitudes irrégulières en ce sens qu'une servitude rurale pourrait devenir urbaine, et réciproquement?

---

30. Les servitudes réelles ou prédiales se divisent en urbaines et rurales.

La définition des servitudes urbaines et des servitudes rurales, si importante en droit romain à cause des effets qui y sont attachés, est encore de nos jours l'objet de la plus vive controverse. Avant tout il importe de fixer le sens des mots *praedium rusticum* et *urbanum* d'où l'on tire généralement cette définition. Tandis qu'à la L. 4, § 1, D. XX, 2, Neratius entend par *praedium rusticum* un bien situé à la campagne, et par *praedium urbanum*, un bien situé dans la ville, Ulpien à la L. 1, D. VIII, 4, entend par *praedium urbanum* tout édifice, quel que soit le lieu de sa situation, fût-il situé à la campagne, et par *praedium rusticum* toute propriété non bâtie, fût-elle située dans la ville. D'après

cette définition d'Ulpien, on a distingué les servitudes urbaines et les servitudes rurales, non d'après leur situation mais d'après l'état des lieux, d'après l'existence ou la non-existence de bâtiments. Mais pour déterminer la qualité de la servitude, les anciens interprètes ont eu en vue le fonds asservi, et ont appelé servitude urbaine toute servitude établie à la charge d'un bâtiment, et servitude rurale toute servitude établie à la charge d'un fonds; tandis que les modernes prétendent que c'est le fonds dominant qui qualifie la servitude (1).

Aucune de ces définitions ne saurait être admise, car l'une et l'autre auraient pour conséquence qu'une seule et même servitude pourrait, suivant les circonstances, être tantôt rurale, tantôt urbaine, tandis que dans les sources du droit nous trouvons la dénomination des servitudes invariablement fixée (2). De plus, la distinction des servitudes en urbaines et rurales n'est pas seulement une classification nominale, elle a des conséquences pratiques très-importantes.

Ainsi, pour commencer par une différence historique, les servitudes rurales ont été classées parmi les *res mancipi,* et ont seules pu être acquises par la *mancipatio* et l'*in jure cessio,* tandis que les servitudes urbaines n'ont pu l'être que par l'*in jure cessio* seulement (Gaius, II, 29, 30).

Les servitudes urbaines sont susceptibles d'une possession continue, qui ne se rencontre pas dans les servitudes rurales, d'où résulte que les premières ne s'éteignent que par l'*usucapio libertatis,* tandis que les servitudes rurales s'éteignent par le *non usus* (L. 14, D. VIII, 1; — L. 6, et L. 20, D. VIII, 2).

Enfin une dernière différence entre les deux espèces de servitudes se rattache au droit d'hypothèque. En droit romain les servitudes rurales étaient susceptibles d'hypothèque, les servitudes urbaines ne l'étaient pas.

Il suit de là qu'il est impossible d'admettre que la nature des servitudes urbaines et rurales puisse dépendre de la qualité du

(1) Voyez Diss. de Ghauffour, *Revue des Revues de droit,* 1845, p. 126.
(2) L. 1, 2, 3, 4, D. VIII, 2; — L. 66, D. XVIII, 1; — § 1, Inst. II, 3.

fonds dominant ou du fonds asservi, qu'une seule et même servitude puisse être tantôt rurale, tantôt urbaine, puisse tantôt être susceptible d'une *continua possessio* et tantôt ne plus l'être; que la servitude de chemin, par exemple, qui est discontinue par sa nature, puisse devenir susceptible d'une possession continue lorsqu'elle aurait été établie au profit d'une propriété bâtie ou, suivant d'autres, à la charge d'une propriété bâtie. Ce sont là autant de conséquences inadmissibles, mais que l'on ne peut éviter si l'on admet l'une des définitions que nous venons de reproduire, d'où nous conclurons qu'on doit chercher ailleurs le caractère qui distingue la servitude urbaine de la servitude rurale.

31. Ce caractère, nous croyons le trouver à la L. 3, D. VIII, 1 : *Servitutes praediorum, aliae in solo, aliae in superficie consistunt.* Les commentateurs s'accordent généralement à rapporter la L. 3, à la division des servitudes en rurales et urbaines, et ce qui prouve qu'en réalité elle s'y applique, c'est la L. 20, D. *eod.* qui désigne par les mots *servitutes quae in superficie consistunt,* celles qui sont susceptibles d'une possession continue. Mais selon la plupart des commentateurs aussi, la L. 3 signifierait seulement que parmi les servitudes il y en a qui sont attachées à un fonds, tandis que d'autres sont attachées à un édifice. Ainsi interprété, ce texte a donné lieu à la définition que nous venons de critiquer; nous croyons cependant que sainement interprété, il indique le caractère distinctif des deux espèces de servitudes.

Le mot *consistere in aliquâ re* veut dire être fondé dans une chose, y avoir sa raison d'être; d'après cela, la raison d'être de la servitude rurale est simplement le sol, peu importe qu'il y ait sur ce sol des édifices ou non, et pour voir si une servitude est rurale, il suffira d'examiner si, considérée en soi, elle pourrait exister lors même que sur aucun des deux fonds il ne se trouverait d'édifice. Ainsi une servitude de passage pourrait être établie au profit d'un édifice et à la charge d'un édifice tout à la fois, sans qu'elle cessât pour cela d'être une servitude rurale, parce qu'elle peut exister indépendamment de tout édifice, parce qu'elle n'exige comme condition de son existence que le sol, et pour condition de son exercice, que le fait de l'homme.

La servitude urbaine, au contraire, est celle qui a sa raison d'être dans un état ou dans un mode de superficie déterminé, sans qu'il importe d'ailleurs que le fonds dominant ou le fonds grevé soit un édifice ou non; car si je stipule, par exemple, que mon voisin ne fera rien qui puisse m'ôter la vue de mon jardin, ou qu'il n'élèvera pas sa maison, la servitude *ne prospectui officiatur* ou *ne altius tollatur,* ne sera pas moins une servitude urbaine, et cependant le fonds dominant n'est pas un édifice, et il se pourrait même que le fonds grevé n'en fût pas un.

Il suffit donc pour qu'une servitude soit urbaine, qu'elle impose au fonds grevé un état de superficie déterminé, soit que les lieux doivent rester dans leur état antérieur à la servitude, comme par exemple si votre fonds est soumis à la servitude *ne altius tollatur* ou *ne prospectui officiatur,* soit que cet état de superficie commence à exister avec la servitude, comme par exemple si la servitude consiste à souffrir qu'un balcon, ou qu'une gouttière soit avancée sur le fonds du voisin, ou qu'une poutre puisse reposer sur ses constructions. Un état de superficie déterminé, voilà donc ce qui caractérise les servitudes urbaines, tandis que les servitudes rurales n'exigent pour exister que le sol, mais ont besoin du fait de l'homme pour être exercées. Quoiqu'il soit vrai de dire que la plupart des servitudes urbaines exigent au moins un édifice, qui est tantôt l'immeuble dominant comme dans les servitudes *protegendi, projiciendi, stillicidii recipiendi,* tantôt l'immeuble asservi comme dans les servitudes *fenestrarum, altius non tollendi, stillicidii non recipiendi,* que d'autres enfin supposent deux édifices, comme les servitudes *oneris ferendi, tigni immittendi,* cependant ce qui est essentiel au genre, c'est uniquement un état de superficie déterminé, ne fût-ce que d'une manière négative, comme dans la servitude *non altius tollendi, ne prospectui officiatur.*

Cela posé, la conséquence immédiate et nécessaire de la distinction telle que nous l'avons établie, est que les servitudes urbaines sont susceptibles d'une possession continue; car ce qui constitue la possession, c'est cet état déterminé de superficie, dans lequel réside en même temps tout l'avantage et tout l'exercice de la servitude, sans que le propriétaire du fonds dominant ait besoin

de poser des faits pour jouir de cet exercice. Et, s'il en est ainsi, il ne peut être question d'un *non usus* aussi longtemps que cet état déterminé de superficie n'a pas disparu; c'est pourquoi la L. 20, D. VIII, 2, dit : *Servitutes quae in superficie consistunt possessione retinentur*. Ces servitudes exigent donc pour être prescrites l'*usucapio libertatis*, c'est-à-dire un fait qui ait fait disparaître l'état, la possession de servitude. Les servitudes rurales au contraire ne sont pas susceptibles d'une *continua possessio*, parce qu'elles ne consistent pas dans un état permanent de superficie, mais dans un rapport entre deux fonds, abstraction faite d'un état déterminé de superficie, rapport qui est établi et entretenu par le fait de l'homme, sans lequel la servitude ne serait pas exercée. Il en résulte que le *non usus* seul suffit pour éteindre les servitudes de passage, l'*iter*, l'*actus*, la *via*, et les servitudes de puisage, de paccage, d'aqueduc, parce que ces servitudes sont toutes rurales.

Quant à la dernière de ces servitudes, bien qu'elle soit ordinairement rangée parmi les servitudes rurales, il y a cependant un cas où elle est qualifiée de servitude urbaine, non pas parce qu'elle est constituée au profit d'un édifice, mais à cause de la manière dont elle a été établie. En effet, si la conduite d'eau est telle qu'il faille le fait de l'homme souvent réitéré pour dériver l'eau, il est évident que la servitude est rurale (L. 1, § 11, D. XLIII, 20); si au contraire le canal a changé en même temps l'état de superficie, s'il a été construit en pierres et que l'eau coule continuellement, la servitude est urbaine par sa nature (L. 11, § 1, D. VI, 2); tandis que généralement, et nous pouvons ajouter originairement, elle était une servitude rurale.

Nous disons originairement, car bien que la définition des servitudes rurales et urbaines que nous venons d'établir, soit la seule que consacre la langue juridique, il paraît cependant que primitivement on a appelé servitudes rurales celles qui ont été établies pour l'utilité de l'agriculture, et servitudes urbaines celles qui l'ont été pour l'utilité, la commodité et l'agrément des habitations : cette signification primitive nous explique aussi pourquoi les servitudes rurales seules ont été comprises parmi les *res mancipi*, avec les animaux et les esclaves qui servaient également à

l'exploitation des fonds. Toutefois cette cause primitive de distinction, qui a donné le nom aux servitudes urbaines et rurales, a plus tard été effacée par le caractère juridique, par la continuité de la possession que l'on a remarqué dans les servitudes urbaines, et par l'absence du même caractère dans les servitudes rurales; d'où il est arrivé que la servitude d'aqueduc, qui dans le principe était une servitude rurale, a été nommée aussi servitude urbaine dès l'instant et toutes les fois qu'elle a été établie de manière à ce que la possession en devint continue

32. Les servitudes réelles sont des droits inséparables du fonds (L. 36, D. VIII, 3). Il suit de là qu'une servitude ne saurait être ni aliénée, ni donnée en location pour être exercée au profit d'un autre fonds (L. 44, D. XIX, 2), ni être l'objet d'une hypothèque.

Toutefois à quelques égards les servitudes rurales peuvent être hypothéquées; c'est pourquoi la L. 11, § 5, D. XX, 1, ne déclare non-susceptibles d'hypothèque que les servitudes urbaines. Les servitudes rurales sont susceptibles d'hypothèque, comme droits à établir, comme servitudes à constituer *in futuro*. La L. 12, D. XX, 1, dit à ce sujet : Si je conviens avec mon débiteur qu'aussi longtemps qu'il ne m'aura pas remboursé ma créance, j'exercerai le droit de passage ou d'aqueduc au profit de mon fonds, et qu'au cas où je ne serais pas payé, je vendrai des droits dont l'exercice m'a été concédé, à un voisin quelconque qui aurait intérêt à l'acquérir, pareille convention sera valable : *quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est*. Ce qui est ici l'objet de l'hypothèque, ce n'est pas une servitude déjà établie, mais c'est un des éléments de ma propriété dont le créancier acquiert une espèce de possession par l'exercice, et qu'il pourra vendre à défaut de payement.

Pourquoi cette différence entre la servitude rurale et la servitude urbaine? Pourquoi la servitude rurale *in futuro* est-elle susceptible d'hypothèque, tandis que la servitude urbaine ne l'est pas? Les servitudes rurales ont cela de particulier qu'elles peuvent procurer de l'utilité, non-seulement à un seul fonds, mais à plusieurs, soit simultanément, soit successivement. Ainsi les droits

de passage, de puisage, de paccage, le droit de conduire l'eau, de mener les bestiaux à l'abreuvoir, d'extraire du sable, de la marne, sont évidemment tous droits qui peuvent être utiles à plusieurs fonds situés dans le voisinage du fonds grevé, tandis que les servitudes urbaines, *tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii recipiendi,* etc., sont des droits dont un créancier pourrait bien, s'il avait un fonds contigu, stipuler la jouissance pour soi jusqu'à ce qu'il fût payé, mais qu'il ne pourrait jamais vendre, parce qu'il serait difficile d'imaginer une hypothèse où pareil droit pût être utile à plusieurs voisins. Or, il répugne au droit d'hypothèque que le créancier devienne propriétaire de la chose, ou concessionnaire du droit qui constitue son gage. Quand il s'agit d'une servitude urbaine, nous arrivons donc à cette conséquence, d'un côté que le créancier ne peut, comme créancier et à défaut de payement, acquérir le droit pour lui, car ce serait contraire à la nature de l'hypothèque qui proscrit la *lex commissoria;* et de l'autre côté, que le créancier ne trouve pas à vendre ce droit à d'autres; d'où résulte que la servitude urbaine n'est point susceptible d'hypothèque, ni comme droit existant ni comme droit à établir.

33. De ce qu'une servitude ne peut être établie qu'à la condition qu'elle soit utile à un fonds, il suit que la vicinité est une condition de l'existence de la servitude, car à proprement parler la vicinité ne consiste que dans les circonstances de lieu qui rendent possible l'avantage que le fonds grevé doit procurer au fonds dominant. D'après cela la vicinité ne consiste pas nécessairement dans la contiguïté des deux fonds, mais plutôt dans l'absence de tout ce qui pourrait empêcher que le fonds grevé ne procure l'avantage convenu au fonds dominant. Quelques anciens auteurs avaient voulu reconnaître, à cet égard, une différence entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales. Ces dernières, disaient-ils, exigent la contiguïté, car s'il y avait un fonds intermédiaire sur lequel le propriétaire ne voulût point concéder le passage, l'exercice de toute servitude rurale serait impossible. En effet la L. 7, § 1, D. VIII, 3, porte : *In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium quod non servit.* Mais, remarquons-le bien, ces mots ne se rapportent qu'à

l'exercice de la servitude, et l'on aurait tort de conclure qu'une servitude est inutile, parce que momentanément elle ne peut pas être exercée; pour que cette conclusion fût légitime, il faudrait plus qu'un simple obstacle à l'exercice de la servitude, il faudrait que cet obstacle fût permanent et à jamais insurmontable (L. 38, D. VIII, 2), ce qui n'a pas lieu dans l'espèce de la L. 7, puisqu'il suffirait que le propriétaire du fonds dominant stipulât le droit de passage sur le fonds intermédiaire pour que l'empêchement fût levé. Cela est si vrai que la L. 7, § 1, D. VIII, 4, dit que la servitude *itineris* peut être valablement constituée lorsqu'il y a un fonds intermédiaire, de manière cependant qu'elle ne produira ses pleins effets que lorsqu'elle aura été consentie sur le fonds intermédiaire.

Il suit de là qu'il faut moins faire attention à la division des servitudes réelles en urbaines et rurales, qu'à la nature de l'obstacle qui s'oppose à leur exercice. La contiguïté des fonds est-elle requise ou non, c'est là une question qui n'est point susceptible d'une solution générale; mais ce qui est certain, c'est qu'on est dans le vrai en disant qu'elle est plutôt requise pour les servitudes urbaines que pour les servitudes rurales. En effet, parmi les premières il en est bien peu où la contiguïté ne soit exigée; ainsi elle l'est évidemment dans les servitudes *oneris ferendi, tigni immittendi, protegendi, projiciendi; fluminis vel stillicidii recipiendi, non recipiendi,* etc. Il n'y a que la servitude *non altius tollendi, ne prospectui officiatur,* qui puisse être établie utilement sur des fonds non contigus.

Si pourtant les propriétaires intermédiaires exhaussaient leurs édifices, de manière que la servitude *altius non tollendi* ne procurât plus d'avantage au fonds dominant, l'exercice de la servitude serait par cela même devenu impossible; mais comme cette impossibilité ne serait pas absolue, comme ces édifices pourraient être abaissés ou démolis, le droit de servitude même ne serait pas immédiatement éteint. Toutefois dans cet état de choses et en attendant, rien n'empêcherait le propriétaire du fonds grevé d'élever son édifice, car le propriétaire du fonds dominant, à cause de l'élévation des édifices intermédiaires, n'aurait plus d'intérêt à

s'y opposer. Mais ce ne serait qu'après le temps requis pour la prescription que le droit même serait éteint; si donc avant ce temps, les édifices intermédiaires avaient été démolis ou abaissés, l'intérêt venant à renaître, le droit de servitude reprendrait toute son énergie, et l'édifice grevé devrait être abaissé conformément au titre primitif. Tel est le sens des L. 4, § 8, L. 5 et L. 6, D. VIII, 5.

34. Si, sauf les servitudes *non altius tollendi* et *ne prospectui officiatur*, la plupart des servitudes urbaines exigent la contiguïté, d'un autre côté, la plupart des servitudes rurales ne l'exigent point, et il peut y avoir entre tel fonds dominant et tel fonds grevé, une propriété intermédiaire. Cependant pour décider si cette propriété intermédiaire empêche l'établissement de la servitude, il faut d'abord distinguer si la propriété est publique ou privée, ou religieuse.

a. Lorsque les deux fonds sont séparés par une propriété publique et que cette propriété est un chemin, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'entre les deux fonds il existe une servitude. L'*aquaeductus* cependant ne pourrait exister qu'à la condition que le concessionnaire obtînt de l'autorité compétente la permission de dériver l'eau à travers la voie publique (L. 14, § 2, D. VIII, 1).

Si les deux fonds sont séparés par une rivière publique, la L. 38, D. VIII, 3, n'admet l'établissement de la servitude que lorsque la rivière est guéable ou munie d'un pont. Il en serait autrement, dit la même loi, si on ne pouvait la traverser que dans un bateau. — Pourquoi dans cette dernière hypothèse, le droit romain n'admet-il pas l'établissement de la servitude, tandis qu'il admet la servitude de passage sur une nacelle par l'étang du voisin? (L. 23, § 1, D. *eod.*). — Cette question trouvera sa solution au numéro suivant.

b. Lorsque la propriété intermédiaire est un lieu privé, ce lieu appartient ou au propriétaire du fonds dominant, ou à celui du fonds grevé, ou à un tiers.

Au premier cas, lorsque le propriétaire du fonds dominant est en même temps propriétaire du fonds intermédiaire, rien ne peut l'empêcher d'exercer la servitude (L. 17, D. XXXIX, 3).

Au second cas, lorsque le fonds intermédiaire appartient au propriétaire du fonds grevé, la servitude s'exerce également, car il est de règle que celui-ci doit souffrir sur sa propriété tout ce qui est exigé par l'exercice de la servitude (Comp. L. 3, § 3, D. VIII, 3).

Au troisième cas, lorsque le fonds intermédiaire appartient à un tiers, si l'exercice de la servitude est momentanément impossible, rien n'empêche cependant, comme nous venons de le voir, que la servitude ne soit valablement établie. Toutefois elle s'éteindrait si pendant le temps requis pour la prescription, le concessionnaire n'était point parvenu à s'assujettir le fonds intermédiaire. La L. 7, § 1, D. VIII, 4, porte : *Interpellari eam* (*servitutem*) *donec medio praedio servitus imponatur*, pour dire que la prescription contre le droit de servitude commence et continuera à courir jusqu'à ce que par l'assujettissement du fonds intermédiaire la servitude puisse être exercée (Comp. L. 6, D. VIII, 5).

c. Lorsqu'enfin le lieu intermédiaire est religieux, comme un tel lieu ne peut servir à des usages profanes, il y a empêchement absolu à l'exercice de la servitude (L. 17, § 3, D. XXXIX, 3).

Il nous reste à examiner deux lois qui touchent à la matière dont nous nous occupons, les L. 6 et L. 7, § 1, D. VIII, 4.

La première dispose que la vicinité n'est point requise entre deux maisons pour que l'une puisse être grevée de servitude au profit de l'autre; mais dans ce texte *vicinus* est employé dans le sens de *contigu, qui se touche,* et ainsi comprise, la L. 6 n'est que la confirmation de ce que nous avons déjà dit : le propriétaire d'une maison peut en effet avoir sur une maison qui ne touche pas à la sienne, la servitude *haud altius tollendi.*

Quant à la L. 7, elle examine trois hypothèses qui se rapprochent de celles dont nous venons de nous occuper. Le jurisconsulte suppose qu'un particulier ait trois fonds contigus, les fonds A, B, C. Il suppose en outre que ce particulier vende le fonds C, et qu'en le vendant il concède un droit de servitude sur le fonds A. Dans cette hypothèse la servitude est valablement établie, et pourra s'exercer immédiatement, puisque le vendeur devant souffrir la servitude, doit aussi souffrir tout ce qui est

nécessaire à son exercice. Mais que faudrait-il décider si après avoir réservé un droit de servitude pour le fonds A sur le fonds C, il vendait ensuite soit le fonds A, soit le fonds B intermédiaire? Dans ce cas, comme le fonds intermédiaire appartiendrait à un tiers, c'est-à-dire à un autre que celui qui a stipulé la servitude, ou qui l'a consentie, l'exercice de la servitude serait interrompu jusqu'à ce que le propriétaire du fonds dominant eût acquis le passage sur le fonds intermédiaire. En effet, si le fonds A a été vendu, il ne saurait de cette vente résulter une nouvelle servitude à la charge du fonds B, et si le fonds B a été vendu, comme ce fonds n'était pas asservi, le vendeur, propriétaire du fonds A, ne saurait prétendre qu'il l'est devenu par la vente; il eût dû réserver la servitude en vendant le fonds.

35. Les servitudes doivent avoir une cause perpétuelle, c'est-à-dire que les conditions dont dépend l'exercice de la servitude ne peuvent être ni passagères, ni accidentelles. De cette règle découlent deux conséquences :

1° Le propriétaire du fonds grevé ne saurait être obligé *ad faciendum;* il peut bien en quelque sorte y être accessoirement obligé, comme cela a lieu dans la servitude *oneris ferendi,* mais alors encore on ne peut dire que ce soit là une obligation proprement dite, attendu qu'il peut s'en libérer en abandonnant le fonds.

La première conséquence est que la servitude ne peut être établie de telle sorte que son exercice doive dépendre du fait réitéré du propriétaire du fonds grevé. La L. 28, D. VIII, 2, nous montre la véritable portée de cette règle; mais comme cette loi a été elle-même l'objet des interprétations les plus diverses, il nous faut d'abord bien préciser l'espèce qu'elle prévoit. L'ouverture qui se trouve au bas de la muraille d'une chambre, et qui a été faite pour laisser passer l'eau qui a servi à recurer le pavé de la maison voisine, n'est pas un ruisseau, dit la L. 28, ni une servitude qu'on puisse acquérir par prescription. Telle est l'espèce qui est l'objet de la décision et des raisonnements de Paul. — Il est aisé de voir d'abord qu'il ne s'agit pas ici d'une servitude de cloaque, c'est-à-dire du droit de laisser écouler les eaux sales sur le fonds

ou à travers le fonds voisin; ni la chose, ni le mot ne s'y trouvent, et l'on ne comprendrait pas la suite du texte, car évidemment dans ce cas la *causa* serait *perpetua,* elle se renouvellerait par le fait du propriétaire du fonds dominant, et il ne serait pas nécessaire de distinguer si les eaux sont tombées du ciel, ou si elles proviennent de toute autre cause. C'est l'hypothèse contraire qui est ici l'objet de la loi : un propriétaire qui a besoin d'eau pour le recurage de sa maison, stipule du voisin la faculté de recevoir de lui cette eau; et une ouverture est pratiquée à cet effet dans la muraille de celui qui doit fournir l'eau. Voilà le fait; en droit, la question est de savoir, si la réception de cette eau peut être envisagée comme un droit de servitude qu'on pourrait acquérir par prescription. Paul répond négativement; à moins, dit-il, que sur le lieu qui reçoit vos eaux ne viennent en même temps affluer des eaux pluviales : *Neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum, nihil ex coelo aquae veniat.*

Pourquoi, dans le premier cas, n'y a-t-il pas servitude? — Parce que *quod manu fit, non habet perpetuam causam,* c'est-à-dire que l'eau qui aurait été puisée dans une citerne et transmise à la maison voisine n'aurait pas de *causa perpetua.* En effet, si c'est la réception de cette eau qui constitue la servitude, elle ne pourra être exercée que par le fait toujours réitéré du propriétaire du fonds grevé. Mais si à travers la même ouverture s'écoulent des eaux pluviales, cet écoulement constitue une servitude appelée *flumen,* et s'il a eu lieu pendant le temps requis pour la prescription, la servitude sera acquise et le *foramen* devra rester ouvert pour l'écoulement des eaux; car la servitude s'exercera sans le fait réitéré du propriétaire du fonds assujetti, qui ne devra que laisser aux eaux pluviales la direction qu'elles ont une fois prise; donc il y aura cause perpétuelle.

2° Une deuxième conséquence du principe que la cause de la servitude doit être perpétuelle, est que l'utilité que le fonds asservi doit procurer au fonds dominant ne peut être précaire. A cet égard cependant on a vu fléchir la règle par l'influence des jurisconsultes. Dans l'ancien droit on ne pouvait pas stipuler un droit d'aqueduc ou un droit de puisage sur un lac, un étang ou une

citerne qui n'étaient pas alimentées par une source d'eau vive (1). Tenant compte de la modification que la jurisprudence de son temps avait introduite, Paul dit à la L. 9, D. VIII, 3, tout en rappelant l'ancien droit civil : *Servitus aquaeducendae vel hauriendae, nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest :* HODIE *tamen ex quocunque loco constitui solet,* et la L. 2, D. VIII, 4, nous montre que cette jurisprudence a été consacrée par rescrit d'Antonin, qui étend même la disposition de la L. 9, en ce qu'on peut acquérir une servitude de conduite ou de puisage, non-seulement sur un lac ou un étang, mais même sur le puits du voisin où se trouverait un *opus factum,* pourvu que cet *opus* n'exigeât pas un *facere* réitéré de la part du propriétaire du fonds grevé. Ainsi Antonin décide que l'on peut avoir le droit de puiser de l'eau à la citerne du voisin, où se trouve placé un appareil qui fait monter l'eau au moyen d'une poulie, et qui a été construit par le propriétaire du fonds grevé. Nous disons par le propriétaire du fonds grevé, car si l'appareil avait été placé par le propriétaire du fonds dominant, on ne voit point ce qui aurait pu, même dans l'ancien droit, s'opposer à l'établissement de la servitude.

Nous avons vu qu'une servitude rurale ne peut s'établir entre deux fonds séparés par une rivière publique, que lorsque celle-ci est guéable ou munie d'un pont, et qu'elle ne peut pas s'établir lorsqu'il faudrait la traverser au moyen d'un bateau; c'est ce que décide la L. 38, D. VIII, 3. A cette disposition la L. 23, D. *eod.*, paraît être contraire, puisque d'après elle le droit de passer un lac au moyen d'une nacelle peut s'établir à titre de servitude. Pourquoi cette différence? Voici l'explication qu'en donne Donellus, IX, 3, § 14. Dans le premier cas où la voie est publique, la loi suppose l'existence d'un moyen de traverser, par exemple le passage par bateaux, moyen que différentes circonstances peuvent faire disparaître, car l'autorité peut le transférer d'un endroit de la rive à l'autre; donc il n'y aurait pas de *causa perpetua,* ou pour mieux dire, il n'y aurait qu'une cause précaire, tandis qu'au

(1) L. 28, D. VIII, 2; — L. 1, § 4, D. XLIII, 22; — L. 1, § 5, D. XLIII, 20.

deuxième cas la servitude de passage pourra toujours s'exercer utilement dès que le propriétaire dominant le voudra, elle aura partant une cause perpétuelle.

Aujourd'hui on ne s'arrêterait plus à ces considérations.

36. Une dernière règle commune à toutes servitudes prédiales est que la constitution de la servitude n'admet ni terme ni condition (L. 4, D. VIII, 1).

Cette règle a sa cause, en partie dans le principe précédent, en partie dans l'*in jure cessio* qui étant un *actus legitimus* n'admettait ni condition ni terme, et qui était le plus ancien mode de constituer une servitude. Le sens n'en est pas que la constitution de la servitude doit être considérée comme nulle; au contraire, *stricto jure,* c'est le terme et la condition qui sont considérés comme non avenus. Néanmoins lorsque la condition résolutoire ou le terme auquel devait cesser la servitude était arrivé, le préteur donnait l'exception *pacti* ou *doli* au concédant, si le concessionnaire voulait malgré la clause revendiquer la servitude; et il en était de même lorsque la servitude avait été constituée purement et simplement et que son exercice avait été subordonné à une condition qui n'était pas accomplie ou qui faisait défaut (L. 4, D. VIII, 1).

Remarquez bien, au sujet de la règle qui nous occupe, qu'il faut distinguer l'établissement ou la constitution de la servitude, de la stipulation ou de la promesse. Ce n'est qu'à la constitution de la servitude que la règle s'applique; la stipulation de la servitude sous condition ou à terme, était toujours valable *ipso jure;* elle faisait dépendre de la condition la constitution de la servitude, ou ajourner cette constitution jusqu'au terme désigné; promettre une servitude et la constituer étaient choses tellement distinctes qu'on pouvait valablement promettre une servitude à charge d'un fonds dont on n'était pas propriétaire, tandis que la constitution d'une servitude ne se concevait pas avant que le fonds qui devait la supporter fût acquis au concédant (L. 25, § 10, D. X, 2).

37. Nous avons vu plus haut qu'il y a des servitudes qui sont dites irrégulières, en ce sens qu'étant de nature à être constituées perpétuellement au profit d'un fonds, elles peuvent pourtant, comme l'usufruit ou l'usage, être concédées seulement à la per-

sonne, pourvu que cette personne possède un fonds à raison duquel puisse se déterminer l'étendue et l'exercice de la servitude (1). Ici nous nous demandons s'il existe aussi des servitudes irrégulières, en ce sens qu'une servitude qui dans les textes est qualifiée de rurale, pourrait devenir urbaine, et réciproquement? C'est ce qu'ont admis quelques-uns des auteurs qui ont fondé la distinction des servitudes en rurales et urbaines sur la qualité de l'immeuble dominant ou de l'immeuble assujetti. Selon ces auteurs, la servitude *itineris* par exemple, lorsqu'elle est constituée au profit d'un édifice, serait une servitude urbaine et en suivrait les règles.

Telle est l'opinion que Muhlenbruch avait d'abord émise, et dont il est revenu depuis, pour professer avec Loehr que telle servitude, bien qu'elle puisse de rurale devenir urbaine, ne cesse pourtant pas d'être régie par les principes des servitudes rurales (2). Mais il nous est impossible de ne pas voir dans cette réserve de Muhlenbruch la condamnation complète de sa première opinion. En effet une servitude qui continue à être régie par les principes des servitudes rurales, demeure évidemment rurale quoiqu'elle soit constituée au profit d'un édifice, et il n'y a aucun motif ni aucun profit à l'appeler urbaine. Cette nouvelle distinction de servitudes irrégulières, ne provient que de la définition ci-dessus critiquée des servitudes rurales et urbaines, et elle en demontre l'erreur, elle prouve que ce n'est pas la qualité du fonds dominant qui rend la servitude urbaine ou rurale, mais bien le caractère que nous avons indiqué plus haut.

(1) Voyez plus haut le n° 5 *des Servitudes*.

(2) Muhlenbruch, *Archiv für die civil. Praxis*, 15, p. 383; et *Doctr. Pand.*, § 280 *in fine*. — Von Loehr, *Magazin für Rechtwissenschaft*, III, n° 2; XVI, 3.

Sommaire.

38. Leur classification d'après Donellus.
39. Les deux servitudes *tigni immittendi*, et *oneris ferendi*, ne diffèrent pas dans leur objet ou dans leur essence, mais seulement dans leurs effets, à cause de la clause : *Paries iste, uti nunc est, ita sit*, tacitement sous-entendue dans la stipulation de la seconde.
40. De l'action du propriétaire dominant contre celui qui doit réparer le mur. — *Quid* s'il y a plusieurs demandeurs ou plusieurs défendeurs?
41. Des servitudes *projiciendi* et *protegendi*.
42. Des servitudes qui se rapportent au jour, aux fenêtres, ou à la vue : *Servitus fenestrarum; — S. luminum; — S. non altius tollendi; — S. ne luminibus officiatur; — S. prospectûs*, ou *ne prospectui officiatur*. — Erreurs des auteurs.
43. De la servitude *altius tollendi*.
44. De la servitude *stillicidii avertendi seu immittendi*, et par corrélation, eu égard au fonds asservi, *stillicidii recipiendi*. Des servitudes *stillicidii non avertendi, non immittendi, non recipiendi*.
45. Des autres servitudes urbaines.

---

38. On peut, avec Donellus, ranger les servitudes urbaines sous trois classes distinctes :

La première classe comprendra celles qui ont pour objet d'avancer des bâtises sur la propriété bâtie ou non bâtie du voisin : les servitudes *tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi*, etc.

La seconde, celles qui ont pour objet de procurer au propriétaire une commodité ou un agrément dont il ne jouirait pas si le voisin ne s'abstenait de faire ce que, dans l'absence de la servitude, il aurait le droit de faire, ou s'il ne permettait au propriétaire de faire ce que l'usage ou les conventions l'autorisaient à lui défendre. De ce nombre sont les servitudes qui se rapportent *a.* au jour (*S. luminum, S. non altius tollendi, S. ne luminibus*

officiatur); — *b.* à la vue (*S. prospectus*); — *c.* à l'élévation des édifices (*S. altius tollendi*); — *d.* aux eaux pluviales (*S. stillicidii non recipiendi*).

Enfin la troisième classe comprend les servitudes qui ont pour objet de nous débarrasser de certaines incommodités attachées à la propriété : *S. stillicidii immitendi, S. fluminis immittendi, S. cloacae,* etc.

39. La servitude *tigni immittendi* est le droit d'avancer une poutre, une solive, des matières de construction quelconques dans le mur du voisin. De cette servitude les Romains distinguent la servitude *oneris ferendi,* non pas par son objet, mais par ses effets; car cette dernière consistant, comme nous l'indiquons, à laisser reposer un bâtiment sur le mur d'autrui, ne saurait différer essentiellement de la première : toute la différence consiste en ce que la servitude *oneris ferendi* oblige le concédant et ses successeurs à titre particulier et à titre universel, oblige en un mot tout possesseur qui possède *animo domini,* à réparer et à reconstruire à ses frais le mur de soutènement. C'est ce que la L. 8, § 2, D. VIII, 5, nous dit en ces termes : *Distant autem hae actiones inter se : quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem, haec vero locum habet ad hoc solum ut tigna suscipiat.*

Cette obligation qui incombe au propriétaire du mur assujetti n'est pas contraire à la règle *servitus in faciendo consistere nequit,* puisque le droit de faire reposer des constructions sur le mur du voisin pourrait exister indépendamment du *facere* de ce voisin; car si celui-ci n'était pas tenu de réparer le mur, la servitude serait dans son espèce une *S. tigni immittendi.* Donc ce n'est pas le *facere* qui constitue la servitude : ce qui la constitue, c'est l'état des deux immeubles, c'est l'état de superficie tel qu'il est créé par l'établissement de la servitude; le *facere* n'est qu'un accessoire et il ne constitue d'ailleurs pas une véritable obligation, puisque le propriétaire du mur de soutènement qui est tenu de le réparer et de le reconstruire, peut s'affranchir de toute obligation en faisant abandon de sa propriété. C'est ce qui a fait dire à Labeon à la L. 6, § 2, D. VIII, 5 : *Hanc servitutem non hominem*

deberi, sed rem, c'est-à-dire que malgré cette espèce d'obligation, le caractère de la servitude est conservé. Aussi pendant qu'on répare ou qu'on reconstruit le mur de soutènement, c'est au propriétaire de la maison dominante à étayer ses constructions (L. 8, D. VIII, 5).

On peut donc dire que ce qu'il y a d'anormal dans la servitude *oneris ferendi* ne porte que sur ses effets, car en général c'est au propriétaire du fonds dominant à faire tout ce que requiert l'exercice de son droit; et ce ne sont là que les effets naturels de la servitude et non pas ses conditions essentielles. Or il est de règle que les parties peuvent déroger par leurs conventions aux effets naturels d'un acte; c'est pourquoi nous voyons Paul donner à la L. 33, D. VIII, 2, pour raison des effets qui caractérisent la servitude *oneris ferendi,* la clause : *Paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit,* clause écrite dans la *lex aedium,* c'est-à-dire dans le contrat qui détermine les rapports juridiques entre l'édifice dominant et l'édifice assujetti.

C'est donc de la convention, c'est du libre consentement des parties que provient l'obligation que nous venons de définir. Mais cette obligation est-elle de droit commun, c'est-à-dire est-elle tacitement renfermée dans la constitution de la servitude, ou bien faut-il qu'elle soit l'objet d'une clause expresse? Glück (X, 25) soutient qu'elle n'existe qu'en vertu d'une stipulation expresse, et cite à l'appui de cette opinion les mots : *Cum in lege aedium scriptum esset,* PARIES ONERI FERUNDO UTI NUNC EST, ITA SIT, de la L. 33, D. VIII, 2; il cite encore les textes concernant le mode de réparation du mur : L. 6, §§ 2 et L. 5, D. VIII, 5. Pour l'existence de l'obligation la loi renvoie à la *lex aedium;* pour le mode de son exécution elle y renvoie également; donc, dit Glück, ce n'est qu'en vertu de la convention des parties que l'obligation existe.

Muhlenbruch admet l'opinion contraire; selon lui l'obligation de réparer le mur serait pour le propriétaire du fonds grevé, de droit commun; elle dériverait de la loi, qui impose à tout possesseur d'une construction menaçant ruine l'obligation de fournir caution pour le dommage éventuel, *cautio damni infecti;* de sorte que l'obligation accessoire de la servitude *oneris ferendi* aurait sa

cause dans ce principe, mais que cette obligation serait susceptible d'être modifiée par des conventions particulières concernant le mode de réparation (1).

L'opinion de Glück nous paraît inadmissible, parce qu'il en résulterait que la servitude *oneris ferendi* serait la seule dans laquelle les parties pourraient stipuler, que les travaux nécessaires à son exercice tomberont à la charge du fonds assujetti toutes les fois que ces travaux ne seront qu'un accessoire de la servitude. Or, ce serait là une particularité tout-à-fait inexplicable; car pourquoi le propriétaire d'un fonds qui doit par exemple un chemin, ne saurait-il par convention s'obliger également à l'entretien du chemin? (Comp. art. 698 du Code civil).

Quant à l'opinion de Muhlenbruch, elle est très-ingénieuse et assez généralement admise. Toutefois Puchta, dans son manuel des Pandectes, la rejette et en indique une autre qui est plus fondée. Si l'obligation qui incombe au possesseur d'un édifice menaçant ruine, a pu faire établir à la charge de celui qui a consenti une servitude *oneris ferendi,* l'obligation de réparer le mur de soutènement, nous ne voyons pas pourquoi la même obligation n'incomberait pas à celui qui a consenti la servitude *tigni immittendi,* de sorte que dans le système de Muhlenbruch la différence entre ces deux servitudes devient inexplicable. En second lieu, l'opinion de Muhlenbruch n'a pas pour elle l'analogie des règles qui gouvernaient la *cautio damni infecti,* car l'action en réparation du mur de soutènement n'était pas donnée contre l'usufrutier (L. 1, § 1, D. VIII, 2), tandis que la *cautio damni infecti* pouvait lui être demandée (L. 9, § 5, D. XXXIX, 2).

Voici donc comment nous concevons le rapport qui existe entre les deux servitudes *tigni immittendi* et *oneris ferendi.* Il faut d'abord reconnaître, en présence des textes invoqués par Glück, que l'obligation a sa source dans le libre consentement des parties. Elle fut d'abord l'objet d'une clause expresse, conçue dans la forme rapportée à la L. 33, D. VIII, 2 : *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* A cause de cette stipulation, la servitude

(1) *Archiv. für civil. Praxis,* t. XIV, nº 14.

pour laquelle le propriétaire du mur assujetti a pris l'engagement de le réparer, a été nommée *S. oneris ferendi,* termes empruntés à la clause même du contrat; tandis que dans l'absence de cette même clause, la servitude n'était plus, dans son espèce, qu'une *S. tigni immittendi.* En effet, la L. 8, § 2, D. VIII, 5, nous dit en toutes lettres que ce n'est que par la charge de la réparation que la *S. oneris ferendi* diffère de la *S. tigni immittendi.* De là devait résulter aussi que celui qui stipulait une *S. oneris ferendi,* stipulait par cela même que le propriétaire du mur assujetti était obligé à le réparer. C'est ainsi que cette clause devint de droit commun, et que les parties ne durent prendre des arrangements nouveaux qu'au cas où la réparation devait se faire d'une manière spéciale. A ce point de vue l'on comprend pourquoi l'obligation de réparer le mur existe de plein droit dans la *S. oneris ferendi,* et non dans la *S. tigni immittendi;* l'on conçoit encore qu'il fallait recourir à des conventions spéciales lorsqu'on n'adoptait pas le mode commun de réparation, conventions qui ne s'écartaient en rien de ce qui est de l'essence des servitudes, puisque dans toute servitude les parties peuvent convenir que les travaux que son exercice exige seront à la charge du fonds assujetti. Mais pour que la personne qui contracte cette obligation, ne soit, en même temps que le fonds, assujettie à la chose, elle peut en abandonnant la chose s'affranchir de toute obligation.

Le Code civil consacre les mêmes principes aux art. 697, 698 et 699.

40. L'action que le propriétaire du fonds dominant peut intenter contre le propriétaire du mur assujetti à fin de réparation est l'*actio confessoria;* s'il y a plusieurs copropriétaires du fonds dominant, chacun peut l'intenter *in solidum,* car toute servitude prédiale est un droit indivisible : *Singulos dominos in solidum agere, sicut in caeteris servitutibus,* dit la L. 6, § 4, D. VIII, 5. Toutefois, si le fonds assujetti appartient à plusieurs propriétaires, comme chacun a le droit de se soustraire à la réparation en abandonnant sa part de copropriétaire, il s'ensuit que l'action devra se diviser, en ce sens que chacun ne pourra être assigné que pour concourir à la réparation en raison de sa part de copropriété.

Il n'en est pas de l'obligation indivisible comme de l'obligation solidaire, si celle-ci est dans son espèce une obligation corréale; la corréalité ne laisse pas de recours au débiteur qui seul a été forcé de payer, parce que quand il y a corréalité, le contractant lui-même ou le testateur l'a ainsi voulu; l'obligation corréale flotte pour ainsi dire incertaine sur tous les débiteurs, et se fixe sur le chef d'un seul par le choix du créancier; mais quand il y a indivisibilité, la solidarité ne résulte pas de l'intention, mais de la force des choses, et si un seul exécute, il acquitte l'obligation des autres et doit avoir son recours. Or ce recours devrait avoir lieu contre le demandeur lui-même, si l'un des copropriétaires du fonds assujetti abandonnait sa part pour se soustraire à l'obligation de réparer. Tel est le motif pour lequel le demandeur ne peut pas agir *in solidum* contre plusieurs copropriétaires du fonds assujetti. La L. 6, § 4, D. VIII, 5, après avoir dit : *Singulos dominos in solidum agere,* fait ressortir la différence qu'il y a entre le cas où il s'agit de plusieurs demandeurs et celui où il s'agirait de plusieurs défendeurs, en disant : *Sed non idem respondendum, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent* (1).

41. La servitude *projiciendi* est le droit de faire avancer des balcons, galeries ou constructions quelconques sur la propriété du voisin, sans que pourtant ces constructions reposent sur celle-ci. *Projicere,* c'est occuper par des constructions l'espace libre du voisin.

Le servitude *protegendi* se rapporte à la précédente, comme l'espèce au genre. *Protegere,* c'est aussi avoir des avancements ou des saillies sur l'espace libre du voisin; mais, dans son espèce, *protegere,* c'est avancer sur la propriété voisine des avant-toits ou des ouvrages qui tendent à mettre les constructions à l'abri de la pluie et du vent. La L. 242, § 1, D. L, 16, attache quelqu'importance à distinguer en général le *projicere* de l'*immittere : Inter* PROJECTUM *et* IMMISSUM *hoc interesse ait Labeo, quod* PROJECTUM *esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret* (*qualia moe-*

(1) Il est indubitable que cette L. 6 devrait être suivie dans notre droit moderne, elle est le complément nécessaire des art. 699 et 1224 du Code civil.

niana et suggrunda essent), IMMISSUM *autem, quod ita fieret ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes quae immitterentur*. La L. 29, § 1, D. IX, 2, nous montre les conséquences pratiques de cette distinction. Un propriétaire avance sur l'espace libre du voisin une œuvre quelconque, ou bien le mur de ce propriétaire s'affaisse et fait saillie sur la propriété du voisin : ce dernier a-t-il le droit d'abattre la saillie? Non, dit cette loi, et s'il le faisait, il serait passible de l'action *ex lege Aquilia*. Mais il a le droit d'intenter l'action *negatoria servitutis* (L. 17, D. VIII, 5). Il en serait autrement si des ouvrages, au lieu d'avancer sur le fonds voisin, *projectum*, reposaient sur la propriété voisine et étaient attenants au sol du voisin, *immissum*. Dans ce cas le voisin pourrait les détruire : *Interest*, dit Ulpien à la L. 29, en parlant de celui qui n'a fait qu'avancer ses constructions, *quod hic in suo protexit*, et en parlant de celui qui a fait peser ses ouvrages sur le fonds ou sur les constructions d'autrui : *ille in alieno fecit*. Dans le dernier cas, le propriétaire du fonds où les ouvrages ont été faits a le droit de détruire ces ouvrages, parce que élevés sur sa propriété, ils sont par accession devenus sa propriété même.

42. Peu de matières sont aussi controversées que celle des servitudes qui se rapportent aux jours et à la vue. La difficulté provient en général de ce que dans des textes qui se rapportent à des servitudes différentes, on a voulu voir une seule et même servitude, et notamment de ce qu'on a confondu avec la *S. fenestrarum* ou *luminis immittendi*, qui se trouve définie aux L. 40, D. VIII, 2, et L. 12, § 3, C. VIII, 10, la *S. luminum* dont la définition se trouve aux L. 4, 16, 17, 22, D. VIII, 2.

Muhlenbruch (§ 282) comprend sous la dénomination de *S. luminum* les servitudes les plus diverses; confondant cette servitude avec la *S. fenestrarum* ou *luminis immittendi*, et le cas de la L. 4, D. VIII, 2, avec celui de la L. 40, D. *eod.*, il dit que la *S. luminum* consiste à avoir des fenêtres ou jours, soit dans le mur du voisin, soit dans un mur commun, soit enfin dans un mur qui nous appartient, au cas où par suite de la non-observation de la distance légale qui doit séparer nos constructions de la propriété voisine, le voisin peut nous empêcher, conformément à la L. 12,

§3, C. VIII, 10, d'ouvrir des fenêtres ou des jours : *Servitus luminum,* dit Muhlenbruch, *quae quidem jure continetur fenestras habendi aut in vicini, aut in communi pariete, aut in nostro etiam, scilicet contra jus illud prohibendi, quod leges concesserint vicinis.*

Quant à la *S. ne luminibus officiatur,* cet auteur la confond aussi en quelque sorte avec la *S. luminum,* puisque selon lui elle n'aurait pour but que d'assurer les effets de cette dernière.

Nous ne pouvons en aucun point partager cet avis. Que l'on puisse avoir le droit d'ouvrir des fenêtres ou des jours dans un mur commun, c'est-à-dire dans un mur placé sur la limite de deux fonds de manière à s'élever sur les deux propriétés, ou même dans un mur dont on est propriétaire, si le cas de la L. 12, § 3, C. VIII, 10, se présente, c'est ce que nous ne contestons pas. Que l'on puisse avoir le même droit à l'égard du mur d'un tiers, cela est encore possible; toutefois cela ne résulte pas de la L. 4, D. VIII, 2, car dans son espèce cette loi se rapporte à la *S. luminum,* qui est bien différente de la *S. fenestrarum*. La *S. fenestrarum* en effet, ou *fenestrae faciendae,* ou *luminis immittendi,* est une servitude affirmative, qui consiste *in patiendo,* en ce que le voisin souffre que nous fassions sur sa propriété quelque chose d'utile à notre fonds, ou bien en ce qu'il souffre que nous fassions sur notre propriété une chose qu'il pourrait nous empêcher de faire d'après les lois générales sur les constructions (L. 12, § 3, C. VIII, 10). La *S. luminum* ne peut se confondre avec la première, car elle a un caractère négatif, de même que les servitudes *non altius tollendi, ne luminibus officiatur, prospectus* ou *ne prospectui officiatur*.

Voyons donc quelles sont les définitions légales des servitudes que nous avons à étudier.

A la L. 4, D. VIII, 2, la *S. luminum* se trouve comparée avec la *S. ne luminibus officiatur : Luminum servitute constituta, id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.* Que faut-il entendre dans cette loi par les mots *lumina excipere,* qui ont donné lieu

aux interprétations les plus différentes? Selon Muhlenbruch, *lumina excipere* signifierait : permettre au voisin d'avoir des jours ou fenêtres là où il n'aurait pas le droit d'en avoir. Cependant d'autres textes, notamment les L. 16 et 22, D. VIII, 2, prouvent que la *S. luminum* est différente de la *S. fenestrarum*. Mais cherchons d'abord la signification grammaticale des mots *lumina excipere*.

Le mot *excipere* est pris ici dans une signification qui se présente souvent en matière de servitudes; *excipere* est opposé à *immittere*. Lorsque le propriétaire du fonds dominant fait avancer et reposer un ouvrage sur le fonds assujetti, ou qu'il y fait couler les eaux pluviales qui ne s'y répandraient pas naturellement, on se sert du mot *immittere*, et, eu égard au fonds dominant, on dit *S. tigni, stillicidii, fluminis, immittendi;* tandis que par rapport au fonds assujetti qui reçoit les eaux, les constructions, *qui excipit, vel recipit,* la servitude se nomme *S. tigni, stillicidii, fluminis excipiendi* ou *recipiendi*. — *Lumen excipere* veut donc dire : recevoir la lumière, et par conséquent ne mettre aucun obstacle tendant à intercepter la lumière des appartements communiquant par des fenêtres avec la lumière du ciel; en d'autres termes, ne pas intercepter la lumière du ciel. D'après cela le mot *excipere* se trouve opposé à *intercipere*, en ce sens que celui qui reçoit, n'intercepte pas.

Ce sens du mot *excipere*, qui a pour lui l'analogie des autres servitudes, est d'ailleurs pleinement justifié par les textes où la *S. luminum* est comparée avec celles-ci. A la L. 16, D. VIII, 2, le mot *lumen* se trouve défini et comparé au mot *prospectus;* et il en résulte que si celui qui a le *lumen* ou qui a stipulé la *S. luminum*, ne doit pas être empêché de voir le ciel, celui qui a le *prospectus* ne doit pas même être empêché de voir les lieux inférieurs : *Lumen id est ut coelum videretur, et interest inter lumen et prospectum : nam prospectus etiam ex inferioribus locis est : lumen ex inferiore esse non potest.*

Les L. 22 et 23 D. *eod.* définissent encore la *S. luminum* en la mettant dans un nouveau rapport avec la *S. ne luminibus officiatur*. Celui qui a une maison, dit la L. 22, peut stipuler de son voi-

sin une servitude par laquelle il s'assure non-seulement les jours ou fenêtres dont la maison jouit à présent, mais même ceux qu'on pourrait ouvrir par la suite; et la L. 23 ajoute que si la *S. luminum* est imposée par la clause : *Lumina uti nunc sunt, ita sint,* la servitude ne s'étendra pas aux jours qui pourraient être percés par la suite. Mais si l'on avait stipulé *ne luminibus officiatur,* Pomponius trouve qu'il serait plus équitable d'étendre cette stipulation à tous les jours que peut avoir une maison, tant à ceux déjà existants, qu'à ceux qui pourraient être établis par la suite.

Ainsi d'après la L. 4 et la L. 16, D. VIII, 2, combinées, la *S. luminum* oblige le voisin à nous laisser le jour de telle sorte que la vue du ciel reste libre. Donc le voisin ne pourrait pas bâtir à une distance tellement rapprochée que cette vue nous fût interceptée.

La *S. altius tollendi* suppose un édifice dont l'élévation pourrait nuire à nos jours; elle consiste dans l'obligation imposée au voisin de ne pas élever l'édifice assujetti (L. 4 et L. 9, D. VIII, 2).

La *S. ne luminibus officiatur* comprend la *S. non altius tollendi,* et de plus elle impose au propriétaire du fonds assujetti l'obligation de ne faire ni constructions, ni plantations d'arbres, ni rien enfin qui puisse nuire aux jours, tant à ceux déjà existants qu'à ceux que le propriétaire de l'édifice dominant pourrait établir (1). Cette servitude procure donc au stipulant qui veut conserver les jours de sa maison le droit le plus étendu, une garantie pour le présent comme pour l'avenir (L. 15, D. VIII, 2).

La *S. prospectus* ou *ne prospectui officiatur,* double désignation qui, selon la doctrine de tous les auteurs, s'applique à une seule et même servitude, oblige le concédant à ne rien faire, soit édifice, soit plantation, qui puisse nuire à la vue des lieux ou des sites environnants : *Inter servitutes ne luminibus officiatur, et ne prospectui officiatur, aliud et aliud observatur,* dit la L. 15, D. VIII, 2, *quod in prospectu plus quid habet ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem non officere ne lumina cujusquam obscuriora fiant* (V. L. 12 et L. 16, D. *eod.*).

(1) Voyez les L. 4, L. 12, L. 15, L. 23, D. VIII, 2.

43. La *S. altius tollendi* consacre une faculté qui existe déjà à un certain point en vertu du droit de propriété. Nous admettons avec Muhlenbruch trois hypothèses dans lesquelles il peut y avoir lieu au *jus altius tollendi* comme faculté résultant d'une concession de servitude. D'abord des réglements ou plutôt des usages locaux peuvent avoir consacré, par une espèce de convention tacite, l'obligation entre voisins les plus proches de ne pas dépasser dans les constructions une hauteur déterminée dans leur intérêt commun. La dérogation à un usage pareil, moyennant l'obtention d'une concession de servitude de la part des parties intéressées, constitue alors la *S. altius tollendi.* Que de tels usages aient existé du temps des jurisconsultes classiques, c'est ce qu'on a contesté; mais la L. 12, § 1 et § 4, et la L. 13, C. VIII, 10, en font foi, et l'argument qu'on a voulu tirer contre cette opinion de la L. 9, D. VIII, 2, n'est nullement décisif. Cette dernière loi ne prouve pas que le propriétaire pouvait élever ses constructions à une hauteur indéfinie; elle établit seulement que, dussent-elles même obscurcir les jours du voisin, il pouvait les élever tant que la limite légale, qui paraît avoir été de cent pieds, n'était pas dépassée.

De ce point de vue donc, la *S. altius tollendi* se conçoit déjà; mais ce n'est pas le seul sous lequel cette servitude doive être envisagée. Un édifice peut avoir beaucoup moins de cent pieds d'élévation, et le voisin qui a intérêt à ce qu'il ne soit pas exhaussé jusqu'à la limite légale, peut avoir acquis sur cet édifice le *jus non altius tollendi,* de sorte que la liberté des constructions est soumise à une double entrave : celle résultant des usages locaux, et celle établie *jure servitutis.* Dans cet état de choses, si le grevé, après avoir fait la concession *non altius tollendi,* stipule derechef le droit d'exhausser sa maison, le droit qui primitivement était renfermé dans le droit de propriété, au moins jusqu'à concurrence de la limite légale, est censé lui appartenir depuis lors *jure servitutis;* c'est ce que prouvent la L. 21, D. VIII, 2, et la L. 20, D. VIII, 3. C'est eu egard à cette double source de la *S. altius tollendi* que la L. 24, D. VIII, 2, porte : *Cujus aedificium jure superius est, ejus est, in infinitum supra suum aedificium impo-*

nere dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent. Cette loi veut dire que lorsque des voisins étaient convenus entre eux de ne pas élever davantage leurs constructions, et que l'un d'eux acquérait par la suite la *S. altius tollendi* (*cujus aedificium jure, hoc est jure servitutis, superius est*), il pouvait hausser ses constructions autant qu'il le voulait, pourvu qu'il ne dépassât pas la limite légale (*dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret quam pati debent*). La *S. altius tollendi* se conçoit donc 1° comme dérogation à la servitude légale qui empêche les propriétaires de dépasser dans leurs constructions une hauteur de cent pieds, 2° comme dérogation à la servitude conventionnelle *non altius tollendi.*

Enfin elle se présente encore sous un troisième point de vue et dans un sens tout-à-fait opposé à ce qui précède. Cette servitude confère aussi le droit d'exhausser non pas ses propres constructions, mais le mur ou les constructions du voisin. Qu'une telle servitude puisse exister, c'est ce que l'on ne saurait guère contester, car la servitude se conçoit dès que l'intérêt se conçoit; or l'on peut avoir intérêt à cet exhaussement, soit pour être mieux clos, soit pour recevoir par la réfraction les rayons solaires (1).

D'un autre côté il résulte de la L. 7, D. VIII, 5, que quand on a stipulé la *S. oneris ferendi,* on peut en outre stipuler la faculté de donner plus d'élévation aux constructions qu'on fait reposer sur le mur du voisin; cela résulte des mots *neque se, neque successores suos prohibituros altius tollere, sublatumque habere.* Ainsi on peut stipuler le droit d'exhausser soit le mur du voisin, soit les constructions qui reposent sur ce mur.

Dans notre droit on peut moyennant indemnité, et en vertu d'une espèce de servitude légale, demander la mitoyenneté de tout mur qui n'est pas mitoyen, et exhausser ensuite ce mur à ses frais, si on le juge convenable (art. 658, 660 et 661 du Code civ.).

44. Pour l'intelligence des caractères des servitudes *stillicidii* ou *fluminis immittendi, recipiendi,* et *stillicidii* ou *fluminis non recipiendi, avertendi,* etc., il nous faut d'abord rappeler les règles

(1) Voyez L. 17, § 2, D. VIII, 2, et Voet, *Ad Pand.*, VIII, 2, n° 7.

qui gouvernent le cours des eaux pluviales lorsque les propriétés sont libres.

Si le cours de ces eaux est tracé par la situation naturelle des lieux, non intervertie par des ouvrages faits de main d'homme, *opere facto,* chacun doit recevoir les eaux telles qu'elles découlent du fonds supérieur. Le propriétaire de chaque fonds peut à la vérité garder ces eaux comme *res nullius,* il peut faire des ouvrages à cet effet; mais, s'il ne les recueille pas, il ne saurait faire des ouvrages qui tendraient à les faire découler sur le fonds voisin d'une autre manière qu'elles n'y ont afflué naturellement. De là il suit que nul n'est obligé à recevoir les eaux pluviales qui tombent d'un édifice, parce que l'édifice est nécessairement un *opus factum* (1). Le droit de ne pas recevoir les eaux d'un bâtiment existe donc en vertu du droit de propriété, et à ce droit correspond l'obligation incombant à chaque propriétaire de maison de ne pas détourner de sa propriété les eaux pluviales, de ne pas les diriger sur les fonds du voisin. Le droit de les détourner ne peut donc s'établir que *jure servitutis,* et constitue la *S. avertendi* ou *immittendi,* et, par corrélation, *recipiendi.* Or cette servitude existant, le retour à la liberté constitue le *jus non recipiendi,* et par corrélation la *S. non avertendi.*

Ainsi trois situations sont possibles :

Une première, qui est celle de la liberté primitive, d'où découle pour tout propriétaire de bâtiments l'obligation de ne pas déverser par des ouvrages, *opere facto,* ses eaux pluviales sur le fonds voisin;

Une deuxième, qui existe *jure servitutis* et qui déroge à l'état de liberté : c'est le droit de diriger ces mêmes eaux sur le fonds voisin, *S. avertendi seu immittendi in tectum vel aream vicini,* comme dit la L. 2, D. VIII, 2;

Une troisième qui présuppose la servitude précitée, et qui par dérogation à cette servitude crée la *S. non avertendi.*

(1) L. 1, §§ 15, 17, 19 et 21, D. XXXIX, 3. — Conformément à ce principe, l'art. 681 du Code civil veut aussi que tout propriétaire établisse ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique, et non pas sur le fonds du voisin.

La *S. stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, aut non avertendi,* comme dit la L. 2, D. VIII, 2, est donc le droit de laisser tomber sur la propriété d'autrui l'égout des toits, ou par dérogation à la servitude, la charge de le retenir sur son fonds.

Lorsque les eaux pluviales forment des ruisseaux et sont dirigées sur le fonds voisin par des rigoles, la servitude prend le nom de *S. fluminis immittendi, recipiendi, avertendi,* etc.

45. Les autres servitudes urbaines, qui toutes ont cela de commun avec la *S. stillicidii avertendi,* qu'elles tendent à débarrasser le propriétaire de certaines charges qui s'attachent aux bâtiments et à l'usage qu'il en fait, sont :

1° La *S. cloacae,* qui est le droit de laisser écouler sur le fonds voisin les eaux sales d'une maison (V. Glück, X, p. 131).

2° La *S. fumi immittendi,* qui, comme les précédentes, repose sur le principe qu'on ne peut rien avancer, *immittere,* sur la propriété du voisin. *In suo hactenus facere licet,* dit la L. 8, § 6, D. VIII, 5, *quatenus nihil in alienum immittat,* règle qui s'applique même à la fumée, lorsqu'elle est dirigée sur la propriété du voisin de manière à lui causer un préjudice notable.

Le principe cité à la L. 8, § 6, D. VIII, 5, en vertu duquel le droit de propriété expire aux limites de la chose même qui en est l'objet, sert aussi de fondement à la décision de la L. 17, § 2, D. VIII, 5, dont il résulte qu'il n'est pas permis d'avoir une place à fumier ou un amas de terre contre le mur du voisin, ni rien qui puisse endommager ce mur. Si de pareils dépôts avaient lieu, le propriétaire du mur pourrait intenter l'action *negatoria servitutis,* et ce ne serait qu'en vertu d'une concession formelle de servitude qu'il serait obligé de supporter la charge dont il se plaint. Il résulte de là que le nombre et la qualification des servitudes sont en quelque sorte indéfinis, et qu'il peut y en avoir autant qu'on peut imaginer de charges différentes pesant sur un fonds au profit d'un autre fonds.

Sommaire.

46. Des servitudes de passage : *iter, actus, via.*
47. De la largeur et du lieu du passage.
48. De la servitude *aquaeductus.*
49. De la servitude de pacage.
50. Des autres servitudes rurales.

46. Parmi les servitudes rurales on distingue, avant tout, comme la plus ancienne et la plus fréquente, la servitude de passage, qui, suivant le plus ou moins d'étendue que les parties lui ont donné, constitue ou l'*iter* ou l'*actus* ou la *via.*

L'*iter* consiste essentiellement dans le droit de passer à pied sur le fonds d'autrui; la L. 1, D. VIII, 3 porte : *Iter est jus eundi ambulandi hominis.* Quoique *ambulare* s'emploie aussi pour *se promener*, ce mot signifie ici : aller et venir; et il serait aussi contraire à son sens grammatical, qu'aux conditions essentiellement requises pour la constitution d'une servitude, que le *jus itineris* pût consister uniquement dans le droit de se promener sur le fonds voisin. Pour qu'il y ait servitude prédiale, il faut que le droit de passer soit établi dans l'intérêt d'un fonds appartenant au concessionnaire; sans cette condition le *jus ambulandi* ne constituerait qu'un droit d'usage personnel.

Si l'*iter* consiste essentiellement dans le droit de passage : *jus eundi ambulandi hominis,* cette définition a cependant été tacitement étendue par les jurisconsultes. Celui qui a l'*iter* peut aussi se faire transporter, soit sur un siége, soit dans un litière, et il peut également passer à cheval (L. 7, D. VIII, 3). Mais ces deux dernières facultés peuvent être retranchées, soit en vertu d'une convention expresse (L. 4, § 1, D. VIII, 1), soit tacitement, comme il arriverait par exemple si au moment

de la concession de l'*iter* il existait un sentier trop étroit pour permettre le passage à cheval, ou le transport en litière.

L'*actus* ne comprend essentiellement, comme le mot l'indique, que le *jus agendi*, c'est-à-dire, d'après la L. 235, D. L, 16, le droit de faire passer les bestiaux. Il comprend accessoirement le droit de passer avec des chariots ou en voiture, ainsi que tout ce qui est essentiellement et naturellement renfermé dans l'*iter*. Mais ces derniers droits, il ne les comprend que par extension. La L. 1, D. VIII, 1, porte : *Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet, et iter habet etiam sine jumento.* Cependant ces deux dernières facultés, le *jus vehiculum ducendi* et le *jus itineris* peuvent être détachés de l'*actus*, et c'est ce qui fait qu'on distingue un *actus plenus* et *minus plenus*. Le droit de passer avec chariots et voitures est tacitement exclu de l'*actus*, lorsque le lieu désigné pour l'exercice de la servitude est si étroit que le passage avec chariots et voitures est rendu impossible (L. 13, D. VIII, 1).

L'*iter* qui est aussi naturellement renfermé dans l'*actus*, peut en être exclu, mais il ne peut l'être qu'en vertu d'une disposition expresse : *Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur*, dit la L. 4, D. VIII, 6. Toutefois, à cette loi paraît être contraire la L. 1, D. XXXIV, 4, qui porte que celui qui après avoir légué l'*actus* révoque l'*iter*, a fait une révocation qui est de nul effet, parce que l'*actus* ne peut pas exister sans l'*iter*, que par conséquent la disposition qui laisse subsister l'*actus*, laisse par là même subsister l'*iter;* de sorte que d'après la L. 4, D. VIII, 6, l'*iter* pourra être détaché, tandis que d'après la L. 1, D. XXXIV, 4, il est inséparable. Mais une distinction qui est tout-à-fait dans la nature des choses conciliera ces deux textes, en apparence contraires. La L. 1, D. VIII, 3, en disant qu'il y a un *iter sine jumento* ou *sine actu*, insinue qu'il y aussi un *iter cum jumento* ou *cum actu*. Or le passage de l'homme, pour autant qu'il tend à l'exercice de l'*actus*, est inséparable de l'*actus* : en ce sens, celui qui ayant légué l'*actus* révoque l'*iter*, fait une disposition inutile. Mais l'*iter* qui n'aurait pas pour but de faire passer le bétail, peut être séparé de l'*actus* et peut être révoqué. L'*actus* peut donc être

restreint au droit de faire passer les bestiaux, sans que l'on ait le droit de passer seul à toute autre fin.

Si l'*actus* consiste essentiellement dans le droit de faire passer les bestiaux, la *via* consiste essentiellement dans l'*iter* et dans l'*actus*, ces mots étant pris même dans leur signification extensive. Celui qui a la *via*, a donc le droit de passer à pied, à cheval, dans une chaise ou litière, en voiture, avec des chariots; il a de plus le droit de faire passer les bestiaux; car tous ces droits réunis sont de l'essence de la *via*. Ulpien dit à la L. 1, D. VIII, 3 : *Via est jus eundi, et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet*. Ulpien s'arrête là, car à la L. 1 il ne définit que ce qui est essentiellement renfermé dans la *via*. Mais plus loin, nous voyons que la *via* implique encore le droit de traîner et de voiturer des pierres, des poutres, même des arbres dont la longueur peut dépasser la largeur du chemin, pourvu qu'on ait garde de ne pas endommager les fruits. Toutefois la *via* ne comprend ces deux derniers droits que naturellement, c'est-à-dire de telle manière qu'il peut y être dérogé par les conventions des parties. La *via* diffère donc de l'*actus* : 1° en ce qu'elle comprend nécessairement l'*iter* et le droit de passer avec chariots et voitures, tandis que l'*actus* ne comprend ces droits qu'accessoirement; 2° en ce qu'elle contient en outre, mais accessoirement, le *jus trahendi lapidem* et *ferendi hastam*, qui n'est aucunement compris dans la *servitus actus*.

Cette distinction entre ce qui est essentiellement et ce qui est accidentellement compris dans la *via*, peut seule nous faire comprendre la L. 13, D. XLVI, 4. Si l'objet d'une stipulation est indivisible, dit Ulpien, la libération de la dette, l'*acceptilatio* qui ne porterait que sur une partie, est de nul effet; ainsi lorsqu'une personne qui a stipulé une *via*, donne une *acceptilatio* pour l'*iter* ou pour l'*actus* seulement, cette *acceptilatio* sera sans effet. Le motif en est qu'il est de l'essence de la *via* que l'*iter* et l'*actus* y soient renfermées d'une manière indivisible. Mais, ajoute la même L. 13, s'il y a eu *acceptilatio* de l'*iter* et de l'*actus*, celui qui aura promis la *via* sera complétement libéré; par conséquent, le *jus lapidem trahendi aut hastam rectam gestandi*, bien que non men-

tionné dans l'*acceptilatio,* sera également éteint, car il est accessoire, et l'accessoire ne saurait exister sans le principal. C'est parce que ce droit n'est qu'accessoire, qu'Ulpien ne le mentionne pas dans la définition qu'il donne de la *via* à la L. 1, D. VIII, 3.

47. Lorsque les parties n'ont rien stipulé sur la largeur de la *via,* elles sont censées s'en être rapportées à la largeur légale; or d'après loi des XII tables, cette largeur était de 8 pieds, et de 16 pieds dans les anfractuosités (L. 8, § 2, D. VIII, 3). Quant à l'*iter* et à l'*actus,* à défaut de convention, la largeur en était déterminée *ex aequo et bono,* par un arbitrage (L. 13, § 2, D. *eod.*).

Si les parties avaient fixé la largeur par leurs conventions, ces conventions faisaient loi; mais il n'y avait pas de *servitus viae,* si la stipulation n'avait pas laissé au chemin au moins la largeur établie par la loi (L. 23, D. *eod.*).

Lorsqu'après avoir stipulé sur un fonds une servitude de passage quelconque, soit un *iter,* un *actus* ou une *via,* les parties n'avaient pas déterminé le lieu où la servitude s'exercerait, comme il est de principe que la servitude grève tout le fonds et chacune de ses parties, on en a conclu que le propriétaire du fonds dominant pouvait choisir le lieu où s'exercerait le passage. Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, ce choix devait se faire *civiliter,* c'est-à-dire de telle sorte que l'utilité que le passage devait procurer au propriétaire du fonds dominant fût obtenue avec le moins de gêne et de préjudice possible pour le propriétaire du fonds assujetti (L. 9, D. VIII, 1). Et si l'observation de ces règles soulevait quelque contestation, elle était levée par un arbitrage (L. 3, § 1, D. VIII, 3). Sous cette réserve donc, lorsque après avoir stipulé une servitude de passage, les parties n'ont pas déterminé le lieu, le choix du lieu appartient au propriétaire du fonds dominant; mais il est à remarquer que le lieu une fois fixé, soit par le choix, soit par l'arbitrage, ne peut plus être changé : *caeterae partes agri liberae sunt,* dit la L. 13, § 1, D. VIII, 3.

La L. 26, D. VIII, 3, paraît contraire aux lois qui à défaut de lieu convenu, laissent le choix du lieu au propriétaire du fonds dominant; car au sujet du legs d'une *via,* elle abandonne la

désignation du lieu au choix de l'héritier, c'est-à-dire du propriétaire du fonds grevé. Mais pour trancher cette difficulté, l'on admettra avec Muhlenbruch et Glück, que la décision de la L. 26 est intervenue dans l'espèce d'un *legatum damnationis*, où, à raison de la forme du legs, l'héritier avait le choix, toutes les fois qu'il s'agissait d'un legs indéterminé, d'un *genus*, d'une alternative, d'une *quantitas*, toutes les fois en un mot qu'il y avait matière à élection. Le motif en était, que le *legatum damnationis* ne transportait pas la propriété, que par conséquent son effet se bornait à constituer le grevé débiteur; d'où la conséquence, qu'à lui devait appartenir le choix. Or ce motif ayant disparu depuis que Justinien a voulu que le *legatum damnationis* eût les mêmes effets que le *legatum vindicationis*, quant au transport de la propriété ou des droits de propriété, il est évident que c'est la L. 9, D. VIII, 1, qui seule doit faire autorité dans la question qui nous occupe.

Si les parties ont désigné un lieu, une partie du fonds pour l'exercice du droit de passage, ou, ce qui revient au même, si lors de la stipulation de servitude, il a été convenu que le passage pourrait se faire en tout lieu, sur tout le fonds, le propriétaire du fonds dominant exercera le passage partout où il voudra, sans être lié par le choix qu'il aurait fait de *facto*, et le propriétaire du fonds assujetti ne pourra rien faire qui gêne le passage à un endroit quelconque.

La L. 13, § 3, D. VIII, 3, statuant sur le cas où une portion du fonds a été désignée pour le passage dit : *Si locus, non adjecta latitudine, nominatus est, per eum qualibet iri poterit :* et le § 1 de la même loi statuant sur l'hypothèse où tout le fonds est assujetti au passage, est ainsi conçu. *Si totus ager itineri aut actui servit : dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est ut omnes glebae serviant.*

48. L'*aquaeductus* est le droit de conduire à travers le fonds du voisin de l'eau sur notre propriété. Il importe peu que cette eau soit prise dans le fonds A et conduite directement à travers le même fonds sur le fonds dominant, ou prise sur le fonds A et conduite à travers le fonds B. Dans le dernier cas, le fonds A

serait soumis à la servitude de prise d'eau, le fonds B à celle de conduite d'eau; mais ces deux servitudes que notre langue juridique distingue, sont confondues en droit romain sous la dénomination commune d'*aquaeductus*. Si l'eau était prise directement dans une rivière publique, il ne saurait y avoir de servitude. Si elle était prise dans une rivière publique et conduite à travers le fonds A, il y aurait servitude de conduite d'eau sur ce fonds. Mais en règle générale, l'eau ne pouvait être prise que dans une rivière publique non navigable (1).

La servitude d'aqueduc peut être concédée sur un puits qui n'est pas encore creusé; elle peut l'être à la charge pour le concessionnaire de creuser lui-même le puits et de chercher la source d'eau qu'il doit conduire sur son fonds. La 10, D. VIII, 3, dit que si l'on peut consentir une servitude sur une maison qui n'est pas encore construite, il n'y a pas de raison pour qu'on ne puisse consentir une servitude sur un puits ou sur un bassin qu'on n'a pas encore creusé.

Voici du reste les règles d'après lesquelles se déterminent les effets de cette servitude.

1° Quant au lieu par lequel l'eau doit être conduite, même règle que pour la servitude de passage : l'aqueduc n'est qu'un passage d'eau, *aquae iter* comme l'appellent les L. 15 et 21, D. VIII, 3.

2° Celui qui jouit d'une conduite d'eau peut, pour empêcher l'infiltration, conduire l'eau en plaçant des tubes; mais à moins qu'il n'y ait stipulation expresse, il ne saurait construire à cet effet un canal en pierre; de telles constructions occuperaient un espace qui aggraverait trop considérablement la charge du fonds assujetti (L. 17, D. XXXIX, 3).

La servitude d'aqueduc peut être concédée à plusieurs, même successivement, s'il y a de l'eau en suffisance, dit la L. 2, § 2, D. VIII, condition qui doit être sous-entendue à la L. 4, D. XLIII, 20, et sans laquelle une deuxième concession ne saurait être faite au détriment d'une première. Mais plusieurs concessions peuvent

(1) L. 17, D. VIII. 3; — L. 10, D. XXXIX, 3; — L. 2, D. XLIII, 12; — Hoffmann, p. 117.

être faites à plusieurs, de telle sorte que les concessionnaires prennent les eaux à des heures ou à des jours différents (L. 2, § 1, D. VIII, 3).

Si l'eau est prise dans une rivière et conduite à travers le fonds d'autrui, le propriétaire de ce fonds peut prendre une partie de cette eau; mais celui qui conduit l'eau, n'est pas obligé cependant de tenir ce conduit ouvert, dit la L. 2, D. XLIII, 21, car l'autre peut prendre l'eau plutôt, comme dit le jurisconsulte, *in occasione* que *ex jure*.

Une autre règle qui comme la précédente n'est qu'une conséquence des principes généraux sur les servitudes, oblige le concessionnaire à se renfermer dans les limites de la servitude, et à ne faire servir les eaux qu'à l'utilité du fonds pour lequel l'aqueduc a été stipulé. La L. 12, C. III, 34, exprime cette règle dans des termes remarquables : *Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit;* c'est-à-dire que ce n'est pas l'étentue des possessions du concessionnaire (*modus praediorum*), mais que c'est le titre de la constitution (*servitus*), qui sert de règle à la conduite d'eau. Ainsi le fonds pour lequel cette servitude a été concédée, s'étendrait vainement par des acquisitions nouvelles, la servitude ne saurait s'exercer à raison de ces acquisitions, mais à raison du fonds tel qu'il était lors de la concession. Cette règle n'empêche cependant pas le propriétaire d'un fonds dominant de laisser écouler les eaux qui ont servi à l'irrigation de ce fonds, sur un autre fonds qu'il a acquis, plutôt que de leur donner toute autre issue, pourvu que la charge du fonds asservi n'en soit pas augmentée, pourvu que la prise d'eau n'en devienne pas plus considérable (L. 1, § 16, D. XLIII, 20).

Une servitude qui a beaucoup d'analogie avec l'*aquaeductus*, est celle par laquelle le propriétaire d'une source s'oblige à laisser écouler les eaux de cette source sur le fonds voisin, ou bien s'oblige à ne rien faire qui puisse tarir la source que le voisin a sur son fonds (L. 15, D. VIII, 1). Enfin une seconde servitude du même genre est la servitude par laquelle on s'obligerait à recevoir sur son fonds les eaux du voisin, c'est-à-dire à procurer un écoulement aux eaux dont le voisin voudrait se débarrasser, en entre-

prenant des travaux de dessèchement : *S. aquae educendae* (L. 29, D. VIII, 3).

49. La *S. pascendi*, servitude de pacage, est le droit de mener paître les bestiaux attachés à un fonds pour sa culture, soit sur toutes les propriétés d'autrui, soit sur un fonds déterminé. Il faut ici remarquer avec les L. 3 et 4, D. VIII, 3, que cette servitude est souvent consentie de telle sorte qu'elle n'est que personnelle, car pour qu'elle soit réelle, il faut que les bestiaux qui sont sur le fonds servent essentiellement à l'exploitation de ce fonds. Il faut donc que le fonds ait une destination essentiellement agricole, autrement le *jus pascendi* ne serait que personnel.

Pour faciliter l'exercice de cette servitude, on peut stipuler aussi le droit de construire sur le lieu assujetti une hutte ou baraque où le pâtre passera la nuit (L. 6, D. *eod.*).

50. Les autres servitudes rurales sont : la servitude de puisage, *aquae haustus*, le droit de prendre de la chaux, de la marne, etc. Toutes impliquent aussi la servitude de passage, mais seulement comme accessoire et en tant que nécessaire pour l'exercice de la servitude principale. D'où il suit que la remise de la servitude principale, ou son extinction pour toute autre cause, entraîne aussi celle du passage.

La servitude de puisage peut aussi être réservée, non à un fonds, mais à une personne. Elle devient alors une servitude personnelle et porte un nom différent : *Usus aquae personalis est*, dit la L. 21, D. VII, 8, et *ideo ad usuarii heredem transmitti non potest.*

DES SERVITUDES PERSONNELLES.

Sommaire.

51. Transition, et plan à suivre.
52. Définition de l'usufruit.
53. De l'usufruit *causalis* et *formalis*.
54. Comment l'*usus* et le *fructus* sont compris dans l'usufruit.
55. Caractère ou mode de la jouissance de l'usufruitier.
56. Droits de l'usufruitier sur les fruits naturels. — Doit-il rembourser les impenses faites pour les fruits qu'il perçoit à l'ouverture de l'usufruit?
57. Ses droits sur les fruits civils.
58. Si avant l'ouverture de l'usufruit le propriétaire a donné la chose en location, l'usufruitier est-il obligé de souffrir le fermier? D'un autre côté le fermier demeure-t-il obligé par le contrat de vente?
59. Si pendant la durée de l'usufruit l'usufruitier a donné la chose en location, quels seront, lors de l'extinction de l'usufruit, les effets de ce bail, *a*) entre les parties contractantes; *b*) vis-a-vis du propriétaire?
60. L'usufruitier peut disposer de son droit, quant à l'exercice, quant à l'émolument, mais il n'en peut faire l'*in jure cessio*, si ce n'est au propriétaire lui-même. — Controverse.
61. Des productions assimilées aux fruits.
62. Des accessions.
63. Du *partus ancillae* et du trésor.
64. De l'usufruit d'un bois taillis.
65. De celui d'un bois non-taillis.
66. Les obligations de l'usufruitier ont une triple cause.
67. Le *frui, boni viri arbitrio*, ou la *custodia*, comprend : 1° la conservation de la chose même, 2° la conservation des droits qui s'y rattachent.
68. La *cautio usufructuaria* est une condition *sine quâ non* de l'usufruit. La remise n'en saurait être faite, ni par testament ni par convention. — *Quid* de la *satisdatio*. — Droit moderne.
69. Des personnes auxquelles doit être faite la promesse appelée *cautio usufructuaria*, et de l'action *ex stipulatu* naissant de cette promesse.
70. Des droits de disposition de l'usufruitier et du nu-propriétaire.

71. De l'usufruit sur les choses consomptibles, ou du quasi-usufruit. — En quoi il diffère du *mutuum*.
72. L'usufruit qui porte sur des vêtements constitue-t-il un *verus usus-fructus?*
73. De l'usufruit d'une créance.
74. Comment doit être défini l'*usus*. — Erreur des anciens commentateurs. — Ce que comprend l'usage.
75. Différences entre l'usage et l'usufruit.
76. Charges qui incombent à l'usager.
77. De l'*habitatio*. — Comment ce droit diffère de l'*usus*, comment de l'*ususfructus*.
78. Explication de la L. 32, D. XXXIX, 5.
79. Entre plusieurs colégataires d'un droit d'habitation y a-t-il lieu au droit d'accroissement?
80. Charges de l'*habitator*.
81. Des *operae servorum*.

---

51. Après avoir recherché les principes qui régissent les servitudes en général, après avoir étudié en particulier les différentes espèces de servitudes prédiales, et les caractères qui les distinguent, nous arrivons à l'examen des servitudes personnelles.

Nous aurons d'abord à nous occuper de la plus importante de toutes, l'usufruit; nous verrons quelle est la nature de ce droit, sur quelles choses il peut être établi, quelles charges en découlent pour celui qui l'exerce, quelles choses enfin ne sont susceptibles que d'un *quasi ususfructus*. Nous traiterons ensuite des autres servitudes personnelles connues en droit romain, l'*usus*, l'*habitatio*, les *operae servorum*. Après quoi il ne nous restera plus, pour terminer nos explications sur les servitudes, qu'à exposer :

Comment elles s'acquéraient;

Comment elles se perdaient;

Enfin quelles étaient en droit romain les actions relatives aux servitudes, et à quelles règles ces actions étaient soumises.

52. L'usufruit, dans l'extension générale du mot et y compris le *quasi ususfructus*, est une servitude personnelle qui consiste à jouir de la chose d'autrui.

Tout ce qui est dans le commerce peut être l'objet de l'usu-

fruit; les *res singulae*, les *universitates rerum*, tout un patrimoine, une succession, peuvent y être soumis. Anciennement il n'y avait que les choses susceptibles d'un droit de propriété, c'est-à-dire les choses corporelles, qui fussent susceptibles du droit d'usufruit, et ce droit était même restreint à celles de ces choses qui ne se consomment pas par l'usage. Mais successivement ce droit fut étendu et aux choses corporelles consomptibles, et aux créances qui sont incorporelles. Quant aux servitudes, elles ne sont pas par elles-mêmes susceptibles d'usufruit : *servitus servitutis esse non potest;* elles peuvent seulement être exercées par l'usufruitier du fonds auquel elles sont attachées, de sorte qu'il n'y a d'autre usufruit de choses incorporelles, que l'usufruit d'une créance (n° 73).

L'usufruit des choses consomptibles a été introduit par un sénatusconsulte qui date du règne d'Auguste. L'usufruit de la créance fut introduit peu après, par l'autorité des jurisconsultes Cassius et Proculus. C'est dans le sénatusconsulte qui étendit le droit d'usufruit aux choses consomptibles, que se trouve la source de la distinction en *ususfructus proprie sic dictus* ou *verus*, et *quasi ususfructus*. L'usufruit proprement dit, l'usufruit dans son origine et abstraction faite du quasi-usufruit, était le droit de jouir de la chose d'autrui, *salva substantia*, comme dit la L. 1, D. VII, 1, mots qui dans leur signification primitive et légale servent à distinguer l'usufruit du quasi-usufruit, car la L. 2, D. *eod.*, ajoute : *est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.*

Nous traiterons d'abord de l'usufruit proprement dit.

53. La propriété renferme l'usufruit naturellement; celui qui dispose de la propriété, ou celui qui dispose de la chose qui en est l'objet, dispose aussi de l'usufruit; en ce sens l'usufruit est une partie de la propriété (1). Mais c'est une partie qui n'y est renfermée que *causaliter* et non pas *essentialiter*, car elle peut en être détachée; de là la dénomination d'*ususfructus causalis*, pour signifier l'usufruit en tant qu'il est demeuré réuni à la propriété, et d'*ususfructus formalis* pour désigner l'usufruit comme droit

(1) L. 4, D. VII, 1. — Comp. L. 19, D. 33, 2; — L. 66, § 6, et L. 76, § 2, D. 31.

sur la chose d'autrui, c'est-à-dire comme droit détaché de la propriété et ayant par conséquent acquis une forme et une nature distinctes. A la vérité nous ne trouvons pas dans les textes les dénominations d'*ususfructus formalis* et *causalis*, mais nous y trouvons la chose même. Ainsi, à la L. 5, D. VII, 6, l'un et l'autre usufruit sont distingués par rapport aux actions qui servent à protéger la jouissance; à la même loi nous voyons encore que l'*ususfructus causalis* ne se perd pas par le simple non-usage, parce qu'il repose sur la propriété et se conserve aussi longtemps que celle-ci. De plus, aux L. 126, § 1, D. L, 16, et 21, D. XLIV, 2, l'usufruit du propriétaire, l'*ususfructus causalis*, est appelé *ususfructus qui proprietatem comitatur*.

Au sujet de la distinction que font les interprètes entre l'*ususfructus causalis* et l'*ususfructus formalis*, il faut remarquer avec eux qu'il y a des cas où l'usufruit, après avoir été détaché de la propriété et de nouveau réuni à elle, conserve cependant, à cause de la volonté du testateur, le caractère d'*ususfructus formalis*. C'est ce qui résulte de la L. 3, § 2, D. VII, 2, dont voici l'espèce. L'usufruit d'un fonds est légué à quelqu'un; le fonds même est légué à un autre; comme le droit au fonds implique droit à l'usufruit, il y a concours de deux légataires pour l'usufruit. Mais, si le légataire de l'usufruit fait défaut, sa portion d'usufruit sera-t-elle acquise au légataire du *fundus* en vertu du droit de consolidation, ou en vertu du droit d'accroissement? Elle lui sera acquise *jure accrescendi*, dit la loi; et de là on conclut avec raison que la portion d'usufruit du légataire du *fundus*, quoique réunie à la propriété, est considérée comme un *ususfructus formalis*. En effet, la volonté du testateur a été de détacher l'usufruit de la propriété et de le léguer de telle sorte qu'il appartînt aux deux légataires, et qu'il n'y eût de partage qu'à cause du concours. Donc le concours cessant, l'usufruit est recueilli par le légataire restant, en vertu du legs même de l'usufruit, et si le légataire du fonds fait défaut, sa part est acquise à l'autre légataire. Si le légataire de l'usufruit fait défaut, sa part sera également acquise au légataire du fonds, en vertu du droit même d'accroissement. Mais, demandera-t-on, importe-t-il que le légataire du *fundus* acquière la part d'usufruit

vacante, *jure accrescendi* plutôt que *jure consolidationis?* Nous répondrons : Il y a cette différence que si des charges sont attachées au legs d'usufruit, ces charges devront être acquittées même au cas où le légataire du *fundus* recueille aussi tout l'usufruit; car cet usufruit il le recueille comme un droit spécial, comme un droit que le testateur avait détaché de la propriété et au bénéfice duquel il avait attaché la charge.

Il en sera de même, continue la même L. 3, D. VII, 2, s'il y a deux légataires d'un usufruit, dont l'un acquiert ensuite la nue-propriété. Dans ce cas aussi la portion d'usufruit de l'usufruitier devenu propriétaire, ne cessera de constituer un *ususfructus formalis;* et de là, si l'un des légataires fait défaut, des conséquences semblables à celles de la première hypothèse.

54. L'usufruit renferme en soi deux droits que l'on distingue et que, à quelque égard, l'on peut séparer l'un de l'autre : c'est le droit aux fruits, *fructus,* et le droit de se servir de la chose, abstraction faite des fruits, *usus;* toutefois les deux droits sont renfermés naturellement dans le *fructus,* ce qui fait dire à Ulpien à la L. 14, § 1, D. VII, 8 : *Ususfructus an fructus legatur, nil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest.* Ainsi le *fructus* comprend l'*usus* en ce sens que celui qui dispose du *fructus* dispose aussi de l'*usus.*

Mais si un testateur disposait de l'*usus* au profit d'un légataire, et du *fructus* au profit d'un autre, y aurait-il concours des deux légataires pour l'*usus,* comme il y a concours pour l'*ususfructus* lorsque le fonds est légué à Pierre et ensuite l'usufruit du même fonds à Paul? Il y aurait concours des deux légataires pour l'*usus* d'après la L. 14, § 2, D. VII, 8. Toutefois, d'après la L. 42, D. VII, 1, le légataire de l'*usus* et le légataire du *fructus* ne concourraient pas comme le feraient deux légataires de l'*usus.* En effet, dans le concours de deux légataires de l'*usus,* chacun a le droit de demander l'*usus* tout entier, et si le fonds usager ne suffit pas à l'usage des deux légataires, on procédera d'après le principe de la L. 10, § 1, D. X, 3, comme nous le verrons ci-après en traitant du droit d'usage. Si au contraire le légataire du *fructus* concourt avec le légataire de l'*usus* pour le droit d'usage, c'est

seulement en tant que le droit d'usage est nécessaire à l'exercice du droit d'usufruit; car en tant que nécessaire au *fructus*, l'*usus* en est inséparable : *Et fructus quidem sine usu esse non potest*, dit la L. 14, § 1, D. VII, 8 : *usus sine fructu potest*.

Pourquoi le légataire du *fructus* ne concourt-il pas avec celui de l'*usus*, comme le légataire du *fundus* concourt avec celui de l'*ususfructus*, alors cependant que l'*usus* est contenu dans le *fructus* comme l'*ususfructus* est contenu dans le *fundus?* La différence provient de ce que l'*usus* est un droit indivisible de sa nature et que par ce motif il est plus naturel d'admettre que le testateur qui a légué l'*usus* à l'un, a voulu le lui léguer tout entier, sauf cette espèce d'usage qui est nécessaire pour l'exploitation du fonds, et auquel l'usufruitier a droit.

Ainsi le *fructus* comprend l'*usus*, il le comprend d'une manière nécessaire, indivisible, en tant que l'*usus* sert à l'exercice de la jouissance; mais en tant qu'il n'est pas nécessaire à cette fin, l'*usus* n'est qu'une partie naturellement renfermée dans le *fructus*, et peut en être détaché. C'est pour ce motif que dans tous les cas où il n'est pas détaché du *fructus*, on indique cette totalité par les mots *usus-fructus* réunis (L. 14, D. VII, 8). Si au contraire il est détaché de la propriété, on l'appelle *nudus usus*, comme le fait Gaius à la L. 1, § 1, D. VII, 8.

Si l'*usus* est naturellement renfermé dans le *fructus*, il arrive d'un autre côté que le *fructus* est aussi, jusqu'à un certain point, renfermé dans l'*usus*. Ainsi l'usager d'un fonds a droit aux fruits du fonds pour lui et sa famille, et l'usufruitier n'a droit qu'à ce qui lui reste (L. 12, et L. 15, D. VII, 8).

Il y a aussi des cas où l'*usus* s'identifie avec le *fructus;* c'est ce qui arrive si abstraction faite du *fructus*, l'*usus* n'était d'aucune utilité. Tel serait l'usage d'une chose fongible, l'usage d'une somme d'argent. Quand il s'agit d'une chose fongible, les mots *usus* et *fructus* sont donc synonymes (L. 5, § 2, L. 10, § 1, D. VII, 5).

Toutes ces extensions du droit d'usage ont été introduites par une interprétation favorable donnée aux volontés du testateur, et reposent sur cette règle, qu'il faut interpréter les actes de telle

sorte qu'ils aient des effets, plutôt que d'admettre qu'on ait voulu quelque chose de dérisoire. Il ne faut donc point perdre de vue que primitivement et essentiellement l'*usus* ne consiste que dans le droit de se servir de la chose, droit qui est incessible de sa nature, et qui ne rencontre de limite que dans l'usage que le propriétaire ou l'usufruitier doit faire de la chose pour percevoir les fruits, sans que ce droit soit restreint aux besoins personnels de l'usager ou de sa famille. Nous aurons à revenir sur ce point.

Aux rapports que nous venons d'indiquer entre le *fructus* et l'*usus*, se rattache l'interprétation du § 3 de la L. 13, D. XLVI, 4, ainsi conçu : *Si quis usumfructum stipulatus, usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito : liberatio non continget. Si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere.* — Je suis créancier d'un *ususfructus*, je donne une acceptilation pour l'*usus* : le débiteur conservera-t-il le *fructus*, ou bien l'acceptilation sera-t-elle inutile? La réponse est : si dans l'acceptilation je n'ai songé qu'à l'usage qui est nécessaire à l'usufruitier pour l'exercice même de sa jouissance, *quasi usu debito*, dans ce cas l'acceptilation est nulle, puisque par cela seul que l'usufruit reste, cet usage, *usus debitus*, doit lui rester aussi. Si au contraire j'ai compris dans l'acceptilation l'usage qui peut être détaché de l'usufruit (*quasi ex usufructu*), l'acceptilation sera valable, et je n'aurai plus droit qu'à la jouissance, et au droit d'usage nécessaire pour la perception des fruits.

55. L'usufruitier doit jouir de la chose *salva substantia*, comme dit la L. 1, D. VII, 1, ou *secundum conditionem suam*, comme dit la L. 15, D. *eod.*, ce qui veut dire qu'il doit en jouir selon sa destination. Or la destination est imprimée à chaque chose par sa nature, mais avant tout par la personne qui en a la propriété, le droit de disposition le plus absolu : c'est donc en premier lieu la destination donnée à la chose par le propriétaire qui trace à l'usufruitier le mode de sa jouissance, et l'usufruitier commettrait un abus, il ne conserverait pas la substance de la chose, s'il s'en servait contrairement à cette destination. Mais si le propriétaire n'avait pas, avant l'ouverture de l'usufruit, im-

primé à la chose une destination déterminée, ce serait à l'usufruitier de donner à la chose la destination indiquée par sa nature même.

Tels sont les principes que nous avons à démontrer par les applications que nous en trouvons dans les textes. Or ici se présente d'abord la L. 15, D. VII, 1, relative à l'usufruit d'un esclave. L'usufruitier ne saurait employer aux travaux rudes de la campagne, ni à d'autres travaux grossiers, un esclave qui chez le propriétaire a fait les fonctions de secrétaire ou de copiste. Toutefois, si l'esclave soumis à l'usufruit n'avait pas encore reçu de destination déterminée, l'usufruitier pourrait le faire instruire, le rendre apte à l'exercice d'un art ou d'une industrie quelconque, suivant ses facultés naturelles (L. 27, D. VII, 1).

S'il s'agissait de l'usufruit d'une maison, l'usufruitier ne saurait rien changer ni à la forme extérieure, ni à l'économie intérieure; il ne peut ni changer les appartements, ni hausser la maison, ni l'abaisser; il ne peut pas même achever un édifice qui serait commencé; à plus forte raison ne peut-il pas élever de constructions sur un terrain vague (1). D'un autre côté cependant, l'usufruitier d'un fonds peut faire des constructions, lorsqu'elles sont nécessaires pour rentrer la récolte : en effet l'usufruitier qui exploite un fonds en use suivant sa destination, et cela étant, il a le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour exercer la jouissance; ainsi, lorsque le fonds soumis à l'usufruit ne lui est pas autrement accessible, il a le droit de passer sur le fonds de l'héritier grevé du legs de l'usufruit, et par le même motif il a le droit de faire les constructions qu'exige l'exploitation du fonds (L. 13, § 6, D. VII, 1); car en les faisant, il ne change rien à la destination de la chose, il en jouit suivant cette destination, *secundum conditionem*.

Changer la destination de la chose lui demeure interdit, quand même il augmenterait de beaucoup l'utilité qu'elle peut produire. Ainsi, lorsque dans une terre, dans une campagne, il y a des bosquets, des allées, protégées contre les ardeurs du soleil, par

(1) Voyez les L. 15, § 4; L. 13, § 7; L. 44, L. 61, D. VII, 1.

des arbres qui les ombragent, l'usufruitier ne pourra pas supprimer ces allées ni ôter les arbres, pour les remplacer par des arbres fruitiers, ni pour y faire d'autres plantations quelconques; soit que la chose ait une destination d'agrément, soit qu'elle ait une destination d'utilité, cette destination, quelle qu'elle soit, doit être respectée par l'usufruitier (1). Toutefois, au § 4 de la L. 13 que nous venons de citer, le § 5 paraît être contraire. Après la décision du § 4, qui renferme la règle que l'usufruitier ne saurait changer la destination de la chose, quand même il la rendrait plus utile, le jurisconsulte se fait cette question : *Inde quaesitum est,* dit-il, *an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit?* L'usufruitier peut-il ouvrir des carrières pour en tirer des pierres, de la craie ou du sable? Remarquons bien que le jurisconsulte dit *instituere,* parce que si les carrières avaient été ouvertes, il n'y aurait pas de doute que l'usufruitier ne pût continuer à les exploiter, puisqu'évidemment il jouirait de la chose selon sa destination. Le jurisconsulte répond qu'il peut non seulement continuer l'exploitation des carrières et des mines déjà exploitées lors de l'ouverture de l'usufruit, qu'il peut encore ouvrir des mines et carrières; toutefois il ajoute deux conditions, la première que l'usufruitier ne nuise pas à l'agriculture : *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est;* la seconde que l'exploitation des mines et carrières ne devienne pas trop onéreuse au propriétaire du fonds, eu égard aux exigences pécuniaires. Mais ces conditions existant, l'usufruitier peut même sacrifier les plantations de vignes ou d'oliviers si l'exploitation des mines ou carrières produit davantage.

Cette dernière disposition paraît absolument contraire à la règle du § 4, où il est dit que la destination première d'un fonds doit être respectée, lors même que le nouveau mode de jouissance paraît plus lucratif. Aussi a-t-on eu recours aux interprétations les plus diverses et même à des changemens de texte pour faire disparaître cette contradiction apparente. Sans vouloir détailler ici toutes les opinions émises à ce sujet, nous nous bornerons à

(1) L. 13, § 4; L. 7, § 3, et L. 8, D. VII, 1.

présenter les observations qui nous paraissent défendre le texte contre toute espèce de contradiction et d'inconséquence.

D'abord nous y trouvons ces deux principes : 1° L'usufruitier doit conserver à la chose sa condition, c'est-à-dire la destination qui lui a été imprimée par le propriétaire ou par la nature; 2° il ne peut pas détériorer le fonds, et il ne peut l'améliorer qu'en respectant la destination qu'il a reçue. De ces principes Labéon tire cette conséquence que l'usufruitier ne peut pas même changer une partie du fonds qui a reçu une destination d'agrément, en lui donnant une destination d'utilité. Puis vient la question des mines et carrières. Remarquons que s'il s'agissait d'ouvrir des mines ou des carrières sur un terrain en friche, sur un terrain vierge de toute espèce d'exploitation, l'usufruitier pourrait, si tel était le mode d'exploitation qui convînt particulièrement à la nature du sol, ouvrir des mines ou des carrières. Mais l'usufruitier peut-il, pour les ouvrir, détruire des plants de vignes ou d'oliviers? Évidemment, si tout l'usufruit consistait en un seul fonds planté de vignes ou d'oliviers, on devrait dire : non, l'usufruitier ne le peut pas, car il changerait la substance, c'est-à-dire la destination de la chose. Aussi, s'il s'agissait de cette hypothèse à la L. 13, § 5, nous ne verrions guère comment il serait possible de défendre ce texte du reproche d'inconséquence. Mais il est aisé de voir que dans l'hypothèse de cette loi, il s'agit de tout un corps de biens, d'un corps de ferme composé de terres arables, où il y a aussi des plantations de vignes et d'oliviers. La destination principale du lieu, est l'agriculture proprement dite. Or dans une telle hypothèse, pourvu que la destination principale soit respectée, pourvu qu'on ne nuise pas à l'agriculture, le jurisconsulte admet que l'usufruitier peut même, si cela est plus lucratif, ouvrir des mines sur des terrains où il y a des plants de vignes et d'oliviers; puis au § 6, il ajoute encore la condition que l'exploitation ne devienne cependant pas, à cause des avances en argent, onéreuse au propriétaire.

Par conséquent, il n'y a dans ce texte rien de contradictoire, et du § 5 nous déduirons cette règle, que s'il faut que l'usufruitier respecte la destination de toute chose, il doit, quand il s'agit d'un

corps de biens de différentes natures qui cependant ne forment qu'un seul tout, respecter la destination générale qui ne peut pas être multiple. Cette destination respectée, il peut faire tout ce qui améliore le bien et le rend plus productif pour lui et pour le propriétaire.

A l'égard des mines et des carrières, le droit moderne laisse moins de latitude à l'usufruitier. L'art. 598 du Code civil lui permet bien de jouir, comme le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit, mais il ne lui permet dans aucune circonstance d'en ouvrir lui-même, quel que soit le profit qu'on puisse en tirer.

56. L'usufruitier a droit aux fruits en général, à dater du moment où l'usufruit est ouvert; mais les fruits naturels ne lui sont acquis que par la perception, d'où il suit qu'il n'a droit qu'aux fruits qui, à l'ouverture de l'usufruit, sont encore pendants par racines. Si en ce moment une partie de la récolte était coupée, cette partie appartiendrait au nu-propriétaire ou à ses héritiers; l'autre partie seule pourrait être acquise, c'est-à-dire perçue par l'usufruitier (1).

Mais si l'usufruitier a droit aux fruits encore pendants par racines, ne doit-il pas rembourser les impenses qui ont été faites pour la culture de ces fruits, par application de la règle : *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis?* Les jurisconsultes sont partagés sur cette question. Voet (VII, I, n° 28) enseigne que soit que l'usufruitier perçoive les fruits pendants à l'ouverture de l'usufruit, soit qu'à l'extinction de l'usufruit le nu-propriétaire recueille les fruits non perçus par l'usufruitier, il y a lieu dans l'un et l'autre cas à tenir compte des impenses, en vertu de la règle : *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis.* Glück distingue les deux cas confondus par Voet; d'après lui (IX, p. 198), l'usufruitier qui perçoit les fruits pendants à l'ouverture de l'usufruit, ne doit pas rembourser les impenses au nu-propriétaire. Cela résulte en effet clairement de la L. 34, § 1, D. VII, 1, citée par cet auteur; car, en vertu de cette loi, lorsque le testateur lègue

(1) V. L. 13, D. VII, 4; — L. 12, § 5, D. VII, 1; — Art. 585 et 520 du Code civil.

l'usufruit d'un fonds à son fermier, celui-ci non seulement est dispensé de payer le fermage qui représente les fruits non encore récoltés, mais il a encore le droit de demander à l'héritier le remboursement des impenses qu'il a faites, d'où il suit que si l'usufruitier lui-même n'avait pas fait les impenses il ne devrait pas les rembourser. Les ayant faites il a le droit d'en demander le remboursement, donc s'il ne les a pas faites, on ne peut pas en demander le remboursement contre lui. Mais à la fin de l'usufruit, lorsque le nu-propriétaire rentre dans ses droits et acquiert les fruits non perçus par l'usufruitier, Glück accorde aux héritiers de celui-ci le droit de demander le remboursement des impenses faites pour des fruits qu'ils ne perçoivent pas, et Pothier est également de cette opinion.

Cette distinction est fondée. En effet, lorsqu'on examine bien les textes cités par Voet, on voit que la règle *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis,* n'est applicable que lorsqu'il s'agit de restitution, lorsqu'il s'agit de fruits qu'un possesseur doit restituer au propriétaire avec la chose principale, comme accessoire de cette chose, comme *causa rei* (1). Dans ce cas, celui qui est obligé de restituer ces fruits, peut demander le remboursement des impenses; car s'il ne le pouvait, il restituerait plus qu'il ne doit, ce qui, dit la L. 36, D. V, 3, serait contraire à la *naturalis ratio.*

Ainsi en résumé les textes où se trouve la règle *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis,* ne s'appliquent qu'au possesseur qui avec la chose doit restituer les fruits, nullement à l'usufruitier qui acquiert les fruits; et tandis qu'aucune loi ne le tient pour obligé au remboursement des impenses, au contraire la L. 34, § 1, D. VII, 1, prouve qu'il ne les doit pas rembourser. Remarquons d'ailleurs que l'usufruitier acquiert les fruits en vertu de la perception; pourquoi dès-lors serait-il obligé de payer des impenses lorsque le testament ou la convention, lorsqu'en un mot le titre ne lui en impose point l'obligation? Donc l'usufruitier ne doit pas au propriétaire les impenses des fruits qu'il perçoit au commencement de l'usufruit. Mais le propriétaire,

(1) L. 46, D. XXII, 1; — L. 36, D. V, 3; — L. 1, C. VII, 51.

à l'extinction de l'usufruit, doit à l'usufruitier ou à ses héritiers les impenses des fruits que ceux-ci doivent abandonner *cum causa rei* au nu-propriétaire.

L'art. 585 du Code civil fait recueillir les fruits pendants à l'ouverture de l'usufruit, à l'usufruitier, et ceux pendants à la fin de l'usufruit, au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre. Cet article paraît donc basé sur la doctrine erronée qui admettait la récompense dans l'un et l'autre cas, puisque c'est par une espèce de compensation que dans les deux cas il rejette cette récompense.

57. Le droit de l'usufruitier ne se borne pas aux fruits naturels, il perçoit aussi les fruits civils de la chose, qui consistent dans les intérêts des capitaux et dans les loyers ou fermages. Il peut donc aussi lui-même donner la chose en location, pourvu qu'il la loue en bon père de famille (L. 27, § 1, D. VII, 1). Quant à la question de savoir quand les loyers et fermages appartiennent à l'usufruitier et quand ils reviennent au nu-propriétaire, il faut ne pas perdre de vue qu'ils ne sont qu'un équivalent de l'usage et des fruits naturels qui s'acquièrent par la perception. Ainsi, supposé que la chose usufructuaire ait déjà été donnée en location au moment de l'ouverture de l'usufruit, il faudra distinguer si cette chose est une maison ou une ferme. Si c'est une maison, l'usage, le fruit naturel, l'utilité qu'elle procure, s'en perçoit chaque jour; si c'est un fonds, une ferme, les fruits ne s'en perçoivent que chaque année; d'où il fuit que le loyer de la maison, l'intérêt du capital appartiennent à l'usufruitier à dater du jour même où l'usufruit est ouvert et à raison de la durée de l'usufruit, tandis que le fermage appartient tout entier à l'usufruitier, si à l'ouverture de son droit les fruits représentés par le fermage n'étaient pas encore perçus par le fermier; d'où il suit aussi que ces fruits ne lui appartiennent pour aucune part, si avant l'ouverture de l'usufruit le fermier les avait déjà perçus. Ainsi c'est l'époque de la perception des fruits, et non celle de l'échange des fermages, qui doit être comparée avec l'ouverture ou la fin de l'usufruit pour déterminer quels sont les fermages qui appartiennent à l'usufruitier ou au propriétaire (L. 26, et L. 27, D. VII, 1).

A l'art. 586, le Code civil a dérogé au droit romain. Il veut que

les fermages comme fruits civils soient acquis jour par jour, et à proportion de la durée de l'usufruit.

58. Si la chose usufructuaire a été donnée en location avant l'ouverture de l'usufruit, comme le bail ne confère aucun droit réel, il s'ensuit que l'usufruitier n'ayant pas contracté avec le locataire ou fermier, peut l'expulser, sauf le recours du fermier contre le bailleur ou ses héritiers, qui demeurent obligés par le contrat. Il en est absolument de l'usufruitier comme de l'acheteur; ni l'un ni l'autre n'ont acheté, et ne sont liés par le contrat de leur auteur, de leur concédant. D'un autre côté le fermier n'acquiert aucun droit réel, donc il ne peut se défendre contre celui qui a acquis un droit réel. De là la règle : vente de l'usufruit passe louage.

Du reste, le fermier aussi peut se libérer du bail, il peut dire à l'usufruitier : Je n'ai pas contracté avec vous; il peut dire au bailleur ou à ses héritiers : vous n'avez plus d'intérêt (L. 32, D. XIX, 2). Mais le bailleur et ses héritiers seront obligés *ex contractu,* puisque le bailleur a par son fait rompu le bail et exposé le fermier à souffrir l'expulsion; de sorte que le fermier peut abandonner le bail lorsque la chose a été vendue, sans être tenu d'aucune indemnité, tandis qu'en pareil cas le vendeur et ses héritiers seront tenus du fait de l'expulsion.

De ce que fermier et l'usufruitier ne sont liés par aucun contrat, il suit encore que l'usufruitier ne peut pas avoir les actions directes du contrat pour réclamer les loyers et fermages qui peuvent lui être dûs d'après ce qui précède. Il doit à cet effet se faire céder les actions par le bailleur ou son héritier, ou bien il doit les intenter utilement *quasi ex jure,* comme si la cession avait été faite.

Si l'usufruitier n'empêche pas le locataire, et que celui-ci continue à occuper la chose, on peut, en certains cas, si les terres sont ensemencées par exemple au su de l'usufruitier, en inférer un bail tacite, dont le terme sera nécessairement d'un an pour les fermes, puisque ce n'est qu'au bout d'une année que se perçoit l'utilité attachée à la possession du fonds, mais qui n'aura d'autre durée qu'une durée de fait quand il s'agit de maison (1).

(1) Comp. L. 13, § 11, D. XIX, 2; — Voet, *ad Pand.* XIV, 2, nº 16.

Telles sont les règles du droit romain, encore applicables aujourd'hui lorsque le bail est verbal ou sans date certaine.

59. Si l'usufruitier a pendant la durée de l'usufruit, donné la chose en location, et que l'usufruit vienne à s'éteindre, il faut distinguer *a*. les effets du bail quant au nu-propriétaire, qui n'ayant pas contracté a le droit d'expulser le fermier à la fin de l'usufruit, *b*. ses effets quant aux parties contractantes. Pour les deux cas la L. 9, § 1, D. XIX, 2, fait une distinction. Si l'usufruitier en donnant la chose en location a pris la qualité de propriétaire, il demeure obligé et répond de l'expulsion du locataire qui a ignoré que son bailleur n'était qu'usufruitier. Si au contraire l'usufrutier n'a rien fait pour tromper le locataire, il ne porte pas la responsabilité de l'expulsion et à la fin de l'usufruit le bail sera simplement résolu : *resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum.* Si à la fin de l'usufruit le propriétaire laisse jouir le locataire ou fermier, on peut en certains cas admettre le bail tacite (L. 13, § 11, D. XIX, 2).

60. L'usufruitier peut disposer de son bien par vente ou par donation (L. 67, D. VII, 1). Toutefois, la vente et la donation laissent reposer le droit sur la tête de l'usufruitier, et autoriseront seulement l'acheteur ou le donataire, à percevoir les fruits ou l'émolument de l'usufruit, tant que le droit même ne sera pas éteint dans la personne de l'usufruitier; en un mot, quant à l'exercice du droit, l'usufruit n'est point personnel comme l'usage, il est cessible; quant au droit même, il est personnel, et il ne peut jamais être détaché de la personne de l'usufruitier. C'est ce que veut dire le § 3 Inst. II, 4, ainsi conçu : *Item finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur.* En effet, la *cessio in jure* dont il est question à ce § 3, était un mode d'acquérir *ex jure Quiritium,* par lequel le cédant transportait son droit de telle sorte que civilement il avait cessé d'exister en sa personne, et qu'il était acquis au cessionnaire *ex jure Quiritium.* D'après cela, lorsque le propriétaire voulait constituer un usufruit *ex jure Quiritium,* il devait recourir à l'*in jure cessio.* Mais, par cela même que l'usufruit, pour être constitué *ex jure Quiritium,* devait l'être au moyen de l'*in jure cessio,* on ne pouvait se servir de la même forme lors-

que l'usufruitier voulait transférer l'émolument de son droit sur un tiers, sur un étranger, car l'*in jure cessio,* à cause de sa forme de revendication simulée, aurait transporté le droit même. Or l'usufruit ne pouvait pas être constitué par l'usufruitier sur le chef d'un *extraneus,* le nu-propriétaire seul pouvait le réacquérir de l'usufruitier, l'*extraneus* ne le pouvait. Que devait-il donc arriver lorsque l'*in jure cessio* intervenait entre l'usufruitier et un *extraneus*? D'après le § 3 des Inst., l'*in jure cessio* était nulle, et partant l'usufruitier cédant conservait son droit.

Cependant la L. 66, D. XXXIII, 3, paraît contraire. D'après cette loi, non seulement l'*extraneus* n'aura rien acquis, mais l'usufruitier sera dépouillé de son droit, qui sera retourné au propriétaire par consolidation. De sorte que d'après le § 3 Inst. II, 4, la cession faite à un *extraneus* sera simplement inutile; d'après la L. 66, elle sera inutile quant au cessionnaire, mais utile au nu-propriétaire, qui acquerra l'usufruit par consolidation. La L. 66 porte : *Etsi extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.* Il y a des jurisconsultes qui veulent concilier ces deux textes, en disant que les mots *ad dominum proprietatis reversurum usumfructum* signifient, non pas que l'usufruit retourne immédiatement au nu-propriétaire par l'effet de la cession, mais qu'il y retournera alors qu'il se sera éteint dans la personne du cédant, et ils appuient sur le futur *reversurum;* d'où il suivrait alors effectivement que la cession faite à un *extraneus* serait nulle seulement dans le sens du § 3, et laisserait le droit au cédant. Cependant tout le contexte de la L. 66, et notamment le conseil qu'y donne Pomponius, dans un cas où l'usufruit constitué en dot par un tiers devait à la dissolution du mariage être transmis à la femme, laquelle par rapport à la propriété était une *extranea;* les précautions indiquées pour éviter que l'usufruit par l'effet de l'*in jure cessio,* ne retournât au propriétaire au détriment de la femme; tout rend la conciliation que nous venons de rapporter inadmissible.

Voyons d'abord la L. 66. Un tiers avait constitué pour dot à une femme l'usufruit d'un bien-fonds, sans qu'il en eût stipulé le

retour; à la fin du mariage cette dot, cet usufruit, était donc réversible sur la femme. Le divorce a eu lieu; donc le mari devait faire passer l'usufruit à la femme. La question se présente en ces termes. Pomponius dit : la difficulté est grande, parce que nous avons dit antérieurement que l'usufruitier ne peut céder son droit qu'au propriétaire, et que, s'il en fait cession *in jure* à un *extraneus,* celui-ci n'aura rien acquis, mais au contraire l'usufruit ira rejoindre la propriété. A cause de cette difficulté, continue Pomponius, quelques jurisconsultes ont conseillé, en pareil cas, d'engager le mari à simuler une location ou une vente, par laquelle le mari louerait ou vendrait l'usufruit à la femme, *nummo uno,* c'est-à-dire à un prix dérisoire, afin que l'usufruit pût rester au mari, mais que l'émolument en revînt à la femme. C'est ce dernier conseil approuvé par Pomponius, qui prouve bien que les mots : *sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum,* veulent réellement dire que l'usufruit par l'*in jure cessio* retournerait à l'instant au propriétaire; sans quoi il serait impossible de trouver le motif de la vente ou la location simulée que conseille Pomponius. Cela résulte aussi de la conjonction *sed,* qui indique une opposition : le cessionnaire n'acquerra rien, mais, *sed,* le nu-propriétaire acquerra l'usufruit. Il faut donc admettre que du temps de Pomponius la cession de l'usufruit, nulle quant au cessionnaire, avait pour effet de faire retourner l'usufruit à la propriété.

Cet effet est d'ailleurs conforme aux principes rigoureux de l'*in jure cessio,* qui se composait de deux actes, de la revendication de la part du cessionnaire, revendication qui était nulle, et de l'abandon fait d'autre part, abandon qui était valable et dont devait nécessairement résulter la *consolidatio* au profit du propriétaire. Toutefois il paraît que du temps de Gaius une opinion moins rigoureuse s'était déjà introduite dans la jurisprudence, car dans les Institutes de Gaius (II, § 30), nous voyons qu'en pareil cas le cédant conserve son droit, puisque le jurisconsulte déclare que pareille cession ne produit aucun effet : *Jus suum retinet; creditur enim ex cessione nil agi.* Le *creditur* fait illusion à une opinion nouvellement reçue, et du [illegible] de Justinien cette opinion avait été consacrée par une

jurisprudence de plusieurs siècles, c'est pourquoi Justinien dit simplement *nihil agitur*. Ainsi la L. 66, D. XXXIII, 3, et le § 3 Inst. II, 4, bien que contraires quant au texte, ne peuvent pourtant laisser de difficulté sur la question. Dans les premiers temps, et même à l'époque où écrivait Pomponius, la forme de l'acte solennel, l'abandon formel qui fait partie de l'*in jure cessio*, l'emporta sur l'intention des parties; plus tard l'intention l'emporta sur la forme, et on se borna à reconnaître comme nulle l'*in jure cessio* faite à un *extraneus*.

Si l'usufruitier peut vendre l'émolument de l'usufruit, il peut de même autoriser le créancier à le vendre pour se payer du prix. C'est ce qui constitue l'hypothèque. Rien ne l'empêche aussi de céder en même temps au créancier la quasi-possession, et de l'autoriser à percevoir les fruits de la chose, non pour en devenir propriétaire, mais pour se payer du prix total. C'est ce qui constitue le *pignus* (1). Ainsi l'usufruit *formalis* peut être l'objet du *pignus* ou de l'hypothèque, car l'exercice de ce droit peut être vendu; et il en est de même de l'*habitatio*. Mais aucune autre servitude, ni l'*usus*, ni les servitudes réelles, considérées comme des droits déjà établis, ne peuvent être l'objet de l'hypothèque, parce qu'ici l'exercice même du droit est inséparable du sujet au profit duquel le droit est établi. Toutefois les servitudes rurales, comme nous l'avons vu, peuvent être l'objet de l'hypothèque comme droits à établir, et l'on doit admettre la même chose pour l'*usus*.

L'usufruit seul et l'*habitatio* peuvent être donnés en hypothèque, comme droits établis et comme droits à établir. L'usufruit peut être hypothéqué par l'usufruitier, comme *ususfructus formalis*, et par le propriétaire comme *ususfructus causalis*. L'hypothèque qui serait donnée par le propriétaire, suit les mêmes règles que celle des servitudes rurales. Elle donne au créancier le droit de constituer au profit de l'acheteur un usufruit qui s'éteint par la mort de celui-ci, et non par celle du concédant, qui n'a jamais été usufruitier.

D'après l'art. 2118 du Code civil, l'usufruit des biens immo-

(1) L. 11, § 2, et L. 15, D. XX, 1; — L. 8, D. XX, 6.

biliers peut aussi être l'objet de l'hypothèque; l'article ajoute : pendant sa durée, d'où il suit : 1° que cet article ne s'applique qu'à l'usufruit déjà établi, et 2° que ce n'est que l'exercice du droit qui peut être vendu par le créancier.

61. L'usufruitier a droit non seulement aux fruits naturels et civils, mais à tout ce qui sans constituer proprement un fruit, est considéré comme émolument ou produit de la chose : *Quidquid inde percipi potest,* dit la L. 9, D. VII, 1. Ainsi il a le droit de jouir des essaims d'abeilles qui se trouvent dans les ruches, du gibier renfermé dans les garennes, du poisson des viviers ou réservoirs, pourvu qu'à la fin de l'usufruit ces objets entretenus par l'usufruitier avec les soins d'un bon père de famille, se trouvent dans le même état, c'est-à-dire non détériorés par sa faute (L. 9, et L. 62, D. VII, 1).

L'usufruitier a droit aussi au produit des mines et carrières déjà ouvertes, et il peut, lorsqu'il s'agit d'un corps de biens destiné à l'agriculture, ouvrir des mines et des carrières, si toutefois il ne change pas la destination générale de la chose, et ne nuit pas à l'agriculture (V. n° 55). D'après quelques jurisconsultes, parmi lesquels on compte Voet (VII, I, n° 24), l'usufruitier n'aurait droit au produit des carrières que lorsque la pierre renaît au sein de la terre. Au point de vue de la géologie seule, c'est déjà là une distinction plus que problématique, mais, quoi qu'il en soit, en droit elle n'est aucunement fondée. Rien dans les textes ne limite le droit d'exploitation de l'usufruit là où les mines et carrières sont légitimement ouvertes. La L. 7, § 13, D. XXIV, 3, dont on argumente, ne se rapporte pas à l'usufruit, elle statue sur les restitutions qui doivent être faites par le mari à la dissolution du mariage, et qui se font par le mari autrement que par l'usufruitier; car si l'usufruitier garde ce qu'il a perçu, et doit abandonner ce qui est encore pendant par racines, le mari et la femme se partagent les fruits de l'année *pro rata;* c'est-à-dire en proportion du temps qu'a duré le mariage (L. 7, § 12, et 14, D. XXIV, 3). Or la L. 7, § 13, suppose que le mari, en livrant le fonds dotal à l'exploitation, y a trouvé du marbre dont l'extraction a d'ailleurs augmenté la fertilité du sol. De là, question de savoir si le marbre appartient au

mari. Oui, dit la loi, dès qu'il est extrait, ne fût-il pas transporté hors du fonds, car le marbre n'est pas *in fructu,* et par conséquent le mari ne peut réclamer aucune impense du chef de cette extraction, à moins qu'il ne s'agisse d'un fonds où le marbre renaît au sein de la terre. Dans ce cas le marbre sera *in fructu,* il devra donc être partagé comme tout fruit, *pro rata,* et le mari pourra aussi réclamer les impenses. — Il suffit donc de connaître exactement le cas prévu par cette loi, pour voir qu'on ne peut l'appliquer à l'usufruit ni en tirer la conséquence que l'usufruitier n'a droit qu'aux marbres qui renaissent au sein de la terre.

62. Pour résoudre la question de savoir jusqu'à quel point les accessions d'une chose sont soumises à l'usufruit qui frappe celle-ci, il faut distinguer; 1° les accessions qui se rattachent à l'usage de la chose, celles qui servent, par exemple, à l'exploitation d'un fonds ou à l'usage d'une maison : *instrumentum fundi, aedium;* 2° celles qui dérivent d'un droit appartenant à l'usufruitier, comme les revenus de la chasse et de la pêche; 3° celles qui sont un accroissement de la chose même; 4° celles qui tendent à transformer la chose.

1° Quant aux premières, elles sont comprises dans l'usufruit. C'est ainsi que l'usufruitier d'un *fundus* a le droit de jouir de l'*instrumentum fundi et domus*. (L. 9, § 7, et 15, § 6, D. VII, 1).

Par *instrumentum fundi,* on entend tout ce qui sert à l'exploitation d'un fonds : les animaux, les esclaves, ainsi que la quantité de fruits nécessaire à leur entretien; les ustensiles et instruments servant à la culture, ainsi que toutes choses, soit mobilières soit immobilières, qui sont nécessaires pour recueillir et conserver les fruits (L. 12, et L. 25, D. XXXIII, 7).

Par *instrumentum domus,* on entend tout ce qui sert à l'usage de la maison, sans que cependant on y comprenne tout ce que nous appelons aujourd'hui meubles meublants. Ainsi pour les meubles que le propriétaire n'avait placés que pour son usage personnel, son aisance ou son agrément, et qui ne sont pas de nécessité, ni d'une utilité commune, ils ne sont pas compris dans l'*instrumentum domi* (L. 12, § 16, D. XXXIII, 7).

Il y a plus : l'*instrumendum fundi* peut même comprendre

certains objets qui ne se trouvent pas sur le fonds usufructuaire. Ainsi lorsque le propriétaire avait coutume de prendre pour le service du fonds soumis à l'usufruit, des pieux, des saules ou des roseaux dans une autre terre, l'usufruitier aura le même droit, sans qu'il puisse cependant en rien vendre (L. 9, § 7, D. VII, 1).

Celui qui acquiert l'usufruit d'un fonds, a donc un droit bien plus large aux accessions que celui qui acquiert la propriété du fonds; car la L. 14, D. XXXIII, 10, dénie formellement au légataire du fonds l'*instrumentum fundi et domus,* dont les lois que nous venons de citer attribuent la jouissance à l'usufruitier. Pourquoi cette différence toute favorable à ce dernier? Elle dérive de la nature même de l'usufruit, qui est une servitude personnelle. Or celui qui a une servitude, avons-nous dit, a droit par cela même à tout ce qui est nécessaire à l'exercice de la servitude. Le nu-propriétaire doit donc abandonner à l'usufruitier tout ce qui lui est indispensable pour qu'il puisse jouir du fonds. Ainsi lorsque l'usufruit d'un fonds est légué, l'héritier doit fournir un passage pour l'exercice de ce legs, sans aucune indemnité (L. 1, D. VII, 6). De même lorsque l'usufruit d'une maison est légué, l'héritier, s'il a une maison voisine, ne peut pas l'élever à une hauteur telle qu'elle ôte notablement le jour à celle de l'usufruitier, et que par ce fait il l'empêche de l'habiter (L. 30, D. VII, 1). Par le même motif, le nu-propriétaire doit laisser au légataire de l'usufruit d'une terre, les objets d'exploitation et les meubles de la maison qui sont nécessaires : *instrumentum fundi et domus,* car l'usufruitier n'en pourrait peut-être pas faire les frais d'acquisition, et serait ainsi empêché de jouir; dans tous les cas, s'il faisait ces frais, il serait exposé à y perdre, puisqu'il devrait revendre l'*instrumentum* à la fin de la jouissance, qui peut n'être que de courte durée (L. 15, § 6, D. VII, 1).

2° Les accessions qui naissent d'un droit appartenant à l'usufruitier, sont les revenus de la chasse et de la pêche, car son droit s'étend sur tous les produits utiles ou de simple agrément. De là il suit aussi que, si les droits de chasse et de pêche sont affermés, les revenus en sont pour l'usufruitier et non pour le nu-propriétaire (L. 9, D. VII, 1).

Il en est de même en droit français (art. 582).

3° Les accessions qui sont un accroissement de la chose même, ne font pas partie de la jouissance, à moins que ces accroissements ne soient imperceptibles et ne se confondent avec la chose principale au point qu'il soit impossible de les en distinguer; ainsi l'alluvion tourne au profit de la jouissance, mais l'île née dans un fleuve et acquise au propriétaire du fonds, *jure accessionis* et parce que le lit du fleuve est censé appartenir aux riverains, ne sera pas soumise à l'usufruit, par le motif qu'il n'est pas à supposer que lors de la constitution de l'usufruit, le testateur ou les parties aient pensé à cette portion de fonds qui plus tard seulement a été mise à découvert. C'est en ce sens que la L. 9, § 4, D. VII, 1, dit que l'île constitue en quelque sorte un fonds particulier, *esse enim veluti proprium fundum cujus ususfructus ad te non pertineat,* c'est-à-dire un fonds particulier dans la pensée du testateur ou des parties. D'après cela les interprètes distinguent, quant aux accessions qui sont un accroissement de la chose, l'*incrementum latens* sur lequel l'usufruit s'étend, et l'*incrementum patens* sur lequel il ne s'étend pas.

Remarquons que si le § 22 des Sentences de Paul, III, 6, dit que l'*accessio alluvionum* n'appartient pas à l'usufruitier, il n'entend par là que la propriété de l'alluvion et ne veut pas dire que ce qui est alluvion ne soit pas soumis à l'usufruit.

4° Quant aux accessions qui changent la forme de la chose usufructuaire, telles que les constructions qui seraient faites sur une place vague, elles rendent l'exercice du droit impossible, car la destination de la chose est changée et l'usufruit ne saurait s'exercer que suivant cette destination. Toutefois, la transformation qui rend ainsi l'exercice impossible, n'éteint pas immédiatement le droit de l'usufruitier, mais seulement après le temps de la prescription, et l'usufruit renaîtra si avant ce temps la chose était remise dans son premier état.

63. L'usufruitier n'a aucun droit sur le *partus ancillae,* puisqu'il n'est pas *in fructu;* ni sur le trésor, parce qu'il n'est ni un fruit, ni un produit du fonds. Le trésor est acquis pour une moitié au nu-propriétaire en vertu d'une présomption de propriété

ou comme un *beneficium loci,* pour l'autre moitié à l'inventeur, comme un don de la fortune, car l'inventeur n'y a droit que pour autant qu'il l'a trouvé *non data operis.* Il suit de là que l'usufruitier ne peut avoir d'autre droit sur le trésor que celui d'inventeur (L. 7, § 12, D. XXIV, 3).

64. L'usufruit d'un bois taillis autorise l'usufruitier non seulement à s'en servir pour ses besoins, mais aussi à le couper et à le vendre, en se conformant toutefois à l'usage des propriétaires et aux règles d'un bon aménagement (L. 22, D. VII, 8).

Outre cette restriction qui dérive de la règle que l'usufruitier doit jouir en bon père de famille, Glück (9, p. 204) veut encore restreindre l'usufruit d'un bois taillis par une distinction prétendûment fondée sur la L. 9, § 7, D. VII, 1. Selon Glück et quelques auteurs, il faudrait distinguer entre les cas où le bois est le seul objet de l'usufruit, et celui où l'usufruit aurait pour objet tout un corps de biens, un *fundus,* et que des bois y fussent compris. Au premier cas, l'usufruitier aurait le droit de couper et de vendre le bois; au second cas, il n'aurait que le droit de prendre le bois nécessaire à ses besoins et à l'exploitation du fonds. Cette distinction repose sur un mal-entendu; la L. 9, § 7, distingue d'une manière tout-à-fait différente; elle dit que l'usufruitier d'un fonds peut prendre dans un champ non soumis à l'usufruit, des pieux, des saules et des roseaux, lorsque le propriétaire avait coutume d'en prendre, sans que pourtant, en ce cas, il puisse vendre les pieux ou les roseaux; car il n'a le droit de les prendre que parce qu'ils sont considérés comme *instrumentum fundi,* comme servant à l'exploitation du fonds; puis la loi ajoute : si pourtant des bois taillis étaient l'objet du legs, l'usufruitier pourrait non seulement couper pour son usage les pieux et roseaux, il pourrait encore les vendre. La défense de vendre la coupe d'un bois taillis, ne concerne que le cas où ce bois n'était pas l'objet du legs, et où l'usufruitier jouissait du droit de couper dans un tel bois des pieux et des roseaux que le propriétaire avait l'habitude d'y prendre.

65. L'usufruit d'une forêt de haute futaie n'autorise pas l'usufruitier à couper les grands corps d'arbres (L. 13, § 4, D. VII, 1);

il peut seulement prendre les élagages, le mort et le menu bois; il peut aussi couper le bois qu'il lui faut pour les échalas des vignes, ou pour les réparations qui lui incombent, ainsi qu'aurait fait le propriétaire; mais il ne saurait couper des arbres de haute futaie pour le chauffage, parce que ce n'est pas à cette fin que ces arbres sont destinés (LL. 10, 11, 12, D. VII, 1).

Quant aux arbres qui sont déracinés par le vent, en règle générale ils demeurent au propriétaire; mais l'usufruitier peut s'en servir pour échalas, pour bois de construction, et même pour bois de chauffage, s'il n'en a pas d'autre. Toutefois il ne peut en prendre que le nécessaire (L. 12, D. VII, 1). D'un autre côté il n'est point tenu de les remplacer (L. 59, D. *eod.*) Les arbres au contraire qui tombent de vétusté, lui appartiennent tous, mais doivent être remplacés par lui (L. 10, D. *eod.*)

66. Nous venons de voir l'étendue des droits de l'usufruitier; nous passons maintenant à l'exposé des charges et des obligations qui lui incombent.

Les obligations de l'usufruitier se réduisent à trois chefs principaux :

1° Comme il remplace le propriétaire dans tous les avantages que l'on peut tirer de la chose, il est évident qu'il doit aussi acquitter toutes les charges dont la chose est grevée au profit du fisc ou au profit de tiers, et qui avant la constitution de l'usufruit, étaient acquittées par le propriétaire; telles sont les contributions ordinaires et extraordinaires, les rentes foncières (*solaria*), les aliments lorsqu'ils sont consignés sur le fonds : *quem commoda rei sequuntur, eundem et incommoda sequi oportet* (1).

2° L'usufruitier, pas plus qu'un tiers, n'a le droit d'endommager la chose, soit directement soit indirectement, soit volontairement soit involontairement. Il ne répond pourtant pas du cas fortuit, ni des dommages qui sont une conséquence nécessaire de la jouissance conforme à la destination de la chose (L. 12, § 1 D. VII, 1). L'usufruitier comme tout autre est donc tenu envers le propriétaire, de l'action *ex lege Aquilia*, de l'interdit *quod vi aut clam*, de l'action *furti* (2).

(1) L. 7, § 2, D. VII, 1; — L. 10, D. L. 16; — L. 27, § 3, et L. 52, D. VII, 1.
(2) L. 13, § 2; — L. 66, D. VII. 1; — L. 7, § 5; — L. 8, L. 9, L. 13, D. XLIII, 24.

Mais en droit romain il n'y a que ces deux chefs d'obligation qui existent de plein droit, le premier comme dérivant du fait même de la jouissance, le second comme dérivant de la nue-propriété qui doit être respectée par l'usufruitier comme par un tiers quelconque. Quant à la restitution de la chose même, elle est censée se faire, moins en vertu d'une obligation spéciale, qu'en vertu de la revendication du propriétaire. C'est pourquoi la L. 1, § 7, D. VII, 9, dit que la promesse que devait faire l'usufruitier, avait aussi pour objet la restitution, non pas parce que cette restitution n'aurait pu être obtenue qu'en vertu de la promesse, car à la fin de l'usufruit la chose pouvait être revendiquée en vertu du seul droit de propriété, mais parce que cette promesse comprenait l'estimation de la chose pour le cas où celle-ci n'aurait pu être restituée, par exemple, si l'usufruitier avait laissé un tiers l'acquérir par prescription.

Ce texte nous conduit donc à un troisième chef d'obligations pour l'usufruitier, à celles qui ont leur fondement dans la *cautio usufructuaria,* ou la promesse de jouir de la chose en bon père de famille et de la restituer à la fin de l'usufruit; *viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, et id, quod inde exstabit, restitutum iri,* telle était la formule de la stipulation faite par le propriétaire, stipulation qui était suivie de la *satisdatio,* c'est-à-dire du cautionnement donné à cet effet. La L. 13, § 2, D. VII, 1, nous dit que cette promesse était nécessaire, par le motif que tous les dommages qui peuvent arriver à une chose, ne tombent pas sous l'application de la loi *Aquilia.* En effet, cette loi ne s'applique qu'au *damnum corpore datum,* au dommage causé par le fait de l'homme, de l'usufruitier; et par conséquent tous les dommages qui ont une autre cause, sont en dehors de cette loi. Il fallait donc trouver une cause civile, car sans cause civile point d'obligation, pour obliger l'usufruitier à réparer ces dommages, et cette cause était la promesse que le préteur faisait donner par l'usufruitier (*cautio praetoria*), 1° d'user en bon père de famille, comme disent les textes, *secundum boni viri arbitrium,* et 2° de restituer la chose (L. 1, §§ 3 et 6, D. VII, 9).

67. L'obligation de jouir *boni viri arbitratu,* impose à l'usu-

fruitier non seulement l'obligation de s'abstenir de tout fait qui peut entraîner un dommage que l'on peut prévoir, mais encore celle de poser tous les actes conservatoires. Ainsi l'usufruitier doit vêtir et nourrir les esclaves, entretenir les terres en bon état de culture, faire tailler les vignes. S'agit-il spécialement de maisons et de bâtiments, il doit les entretenir en bon état de réparation. Avant tout il faut qu'il les tienne clos et couverts : *sarta tecta habere,* dit la L. 7, § 2, D. VII, 1, c'est-à-dire qu'il fasse les réparations aux portes, aux fenêtres, à la couverture, qu'il fasse recrépir les murs, etc. Ce qui est d'agrément doit être entretenu comme ce qui est de nécessité. L'usufruitier, dit la L. 7, § 3, doit blanchir les murs, carreler les chambres, etc.; en un mot il doit faire toutes les réparations courantes, *modicae refectiones,* c'est-à-dire toutes les réparations qui se renouvellent comme se renouvelle la jouissance même.

Les murs et voûtes, les couvertures entières qui tombent de vétusté, ou qui ont été renversées par une force extérieure et sans la faute de l'usufruitier, ne doivent pas être reconstruits par lui, car l'usufruitier n'ayant aucun droit sur la substance de la chose, n'est pas tenu non plus de ces charges qui dépasseraient le bénéfice d'une jouissance temporaire. Mais par le même motif que l'usufruitier n'a aucun droit à la substance, il ne peut pas non plus forcer le nu-propriétaire à faire ces réparations. Le propriétaire ne doit rien à l'usufruitier, si ce n'est d'abandonner à sa jouissance la chose telle qu'elle est (1). Si cependant le nu-propriétaire fait spontanément reconstruire les murs, l'usufruitier continuera de jouir de la chose, et si l'usufruitier les fait reconstruire, ou s'il fait d'autres impenses qui ne lui incombent plus nécessairement, mais qui sont utiles à la propriété, il peut en demander le remboursement au propriétaire par l'action *negotiorum gestorum* (L. 7, C. III, 33).

Si le propriétaire de son côté, en l'absence de l'usufruitier, fait des dépenses d'entretien, il s'en fera rembourser par la même action (L. 48, D. VII, 1). Remarquons que la construction d'un

(1) L. 7, § 2, D. VII, 1. — L. 65, D. *eod.* — Art. 600 du Code civil.

bâtiment qui sert à recueillir les récoltes étant considérée comme une charge qui incombe à l'usufruitier, il s'ensuit que le propriétaire, s'il avait fait la reconstruction, pourrait aussi s'en faire rembourser la dépense (L. 50, D. *eod.*).

L'usufruitier doit non seulement faire les frais d'entretien, sous peine de répondre de tous les dommages qui pourraient résulter de cette omission, et même de la ruine des bâtiments; il doit aussi lorsqu'un dommage menace la propriété du dehors, lorsque le bâtiment du voisin menace ruine, demander la *cautio damni infecti* et il est responsable s'il ne l'a point fait (L. 6, D. XXXIX, 2). Si le bâtiment soumis à l'usufruit menace ruine, l'usufruitier de son côté doit la *cautio damni infecti* au voisin menacé; mais si en vertu de cette caution il doit, en cas de ruine, réparer le dommage causé au voisin, il a le droit de retenir la possession du sol, tant qu'il n'a pas été remboursé par le propriétaire. Donc, si l'usufruitier doit la caution au voisin, c'est pourtant le propriétaire qui doit répondre du dommage qui a été causé par la ruine, non imputable à l'usufruitier (L. 22, D. XXXIX, 2).

Les frais d'entretien tombent à la charge de l'usufruitier, lors même que la chose serait dans un si mauvais état que ces frais dépasseraient la valeur de la jouissance. Le nu-propriétaire a l'action *ex stipulatu* pour forcer l'usufruitier à faire ces frais; mais aussi l'usufruitier a le droit de se débarrasser de toute charge, en renonçant à la jouissance, ce qu'il peut faire en tout moment, même alors qu'il y aurait déjà eu litiscontestation entre lui et le propriétaire sur l'action *ex stipulatu*. Cependant si par sa faute il avait déjà, avant l'abandon, causé quelque dégât, il en demeurerait responsable (1).

S'agit-il de plantations d'arbres, de pépinières de vignes, l'usufruitier doit renouveler et remplacer ce qui meurt de vétusté, mais aussi le mort-bois lui appartient; il n'est pas obligé de remplacer ce qui est détruit par accident (2).

S'agit-il d'un troupeau, d'une *universitas rerum*, le troupeau

(1) V. L. 1, § 3, D. VII, 9; — L. 64, D. VII, 1; — L. 15, D. *eod.*
(2) L. 7, § 3; — L. 9, § 6; — L. 18, D. VII, 1.

devra être conservé au même nombre de têtes, et le vieux bétail, remplacé par le jeune. Les animaux qui naissent appartiennent à l'usufruitier, mais il ne peut disposer de tous les jeunes que lorsque le troupeau est au complet; il doit conserver autant de jeunes têtes qu'il en faut pour remplacer le vieux bétail qui devient sa propriété, comme il en est des vieux arbres dont il acquiert aussi la propriété à la charge de les remplacer par d'autres qui deviennent la propriété du nu-propriétaire (L. 69 et 70, D. VII, 1).

Si le troupeau a été diminué, par maladies ou autres accidents non imputables à l'usufruitier, et qu'à la fin de l'usufruit il n'ait pu être entièrement complété par les jeunes, l'usufruitier ne répond pas de cette perte. S'il a été diminué au point qu'il ne reste plus que quelques têtes, qui ne forment plus un troupeau, l'usufruit est éteint; donc les têtes qui restent seront à l'instant restituées au propriétaire (L. 31, D. VII, 4). C'est ce qui arriverait pour un troupeau de brebis, s'il restait moins de dix têtes (L. 3, D. XLVII, 14).

L'usufruit d'animaux qui ne forment pas une *universitas rerum*, mais qui sont donnés en usufruit pour les services qu'ils rendent isolément, n'oblige pas l'usufruitier à les remplacer par des jeunes, au cas où ils meurent de vieillesse ou par accident (L. 70, § 3, D. VII, 1).

La *custodia* imposée à l'usufruitier, comprend aussi la conservation des droits. L'usufruitier doit défendre la chose contre toute usurpation de la part des tiers; non seulement il peut, mais il doit exercer les servitudes attachées au fonds usufructuaire, afin qu'elles ne s'éteignent pas par prescription (L. 15, § 7, D. VII, 1); il doit veiller à ce que personne n'acquière la propriété de tout ou partie de la chose usufructuaire; il doit se maintenir en parfaite possession et jouissance de la chose, et afin que les tiers n'acquièrent aucune servitude par prescription, il doit en cas de trouble agir au possessoire ou revendiquer l'usufruit, car comme *juris possessor*, il a les interdits *uti possidetis* et *unde vi*. Il doit donc interrompre la prescription des tiers, car s'il laissait s'accomplir une prescription, soit acquisitive soit extinc-

tive, au détriment de la propriété, il serait tenu de l'estimation, en vertu de la *cautio usufructuaria,* d'où naît l'action *ex stipulatu.* C'est pour cela, dit la L. 1, § 7, D. VII, 9, que la promesse *restitutum iri, quod inde exstabit,* est utile au propriétaire; en effet, sans cette promesse le propriétaire n'aurait pu intenter que la revendication, qui ne se donne pas lorsqu'il n'y a plus de possession, à moins que le possesseur, l'usufruitier, n'ait cessé de posséder par son dol; tandis que l'action *ex stipulatu,* née de la *cautio usufructuaria,* rend l'usufruitier responsable de toute négligence.

68. Aussi la *cautio usufructuaria* est la condition *sine quâ non* de la jouissance, si bien que l'usufruitier n'est pas admis à revendiquer l'usufruit, tant qu'il n'a pas fait cette promesse; et fût-il déjà en possession de la chose, il ne pourrait, avant de l'avoir faite, se défendre contre l'action en revendication; car s'il excipait de son usufruit, le propriétaire revendiquant lui opposerait par forme de réplique le défaut de caution. Le propriétaire pouvait aussi intenter une *condictio,* à l'effet d'exiger la promesse omise; car lorsqu'il cède la chose sans obtenir la caution, il est censé avoir donné au-delà de ce qui était dû (L. 7, D. VII, 9).

De plus, suivant la L. 1, C. III, 33, la remise de la *cautio usufructuaria* faite au légataire d'un usufruit, est inutile, et le légataire n'en doit pas moins faire la promesse de jouir en bon père de famille et de restituer la chose.

Cette dernière loi n'est-elle que l'application d'un principe général, d'après lequel la *cautio* serait tellement essentielle que la remise en serait inutile, ou bien ne renferme-t-elle qu'une disposition particulière, applicable seulement au cas où l'usufruit a été constitué par testament, et non au cas où il est constitué par convention ou par acte entre vifs? — Il serait difficile, pour ne pas dire impossible, de donner une raison à l'appui de la dernière opinion, de montrer pourquoi le testateur qui dispose de l'usufruit ne serait pas autorisé à faire ce que peut le propriétaire qui vend l'usufruit ou qui en fait donation. Nous croyons donc avec Donellus (XCII, § 6), Noodt (I, c. 19) et Hoffman (p. 169), que la L. 1, C. III, 33, n'est que l'application d'un principe général, à savoir que la remise de la *cautio usufruc-*

tuaria ne saurait être faite en aucun cas, parce que cette remise impliquerait contradiction avec la constitution même de l'usufruit. En effet, qu'on veuille bien le remarquer, si l'on faisait remise de la caution, on ne renoncerait pas à une simple garantie tendant à assurer seulement l'exécution du droit, tel qu'est le cautionnement dans le sens vulgaire, on renoncerait non pas à quelque chose d'accessoire, mais à l'existence même du droit de propriété, dont on fait pourtant la réserve par cela même qu'on constitue l'usufruit qui est le droit de jouir *salva substantia.* Qui dit usufruit, dit conservation de la substance, conservation de la propriété? Donc une disposition qui affranchirait l'usufruitier de cette obligation, ne saurait être considérée comme valable.

Si tel est le motif de la nullité de la remise, il en résulte que l'argument que quelques auteurs ont tiré de la L. 46, D. II, 14, pour la validité de la remise faite par convention ou actes entre vifs, ne saurait avoir de valeur, puisque dans cette loi il ne s'agit pas de la remise de la *cautio usufructuaria,* mais de celle du cautionnement, faite à l'héritier par un légataire dont le legs dépend de l'événement d'une condition. En effet, entre renoncer à la garantie d'un droit, et conserver le droit même, il n'y a rien qui soit inconciliable, qui soit contradictoire. Mais faire la remise de la *cautio usufructuaria,* qui est la condition du droit de propriété réservé par la constitution d'usufruit, serait contradictoire avec cette constitution même et ne saurait par conséquent produire d'effet.

Je crois que c'est parce qu'on a confondu la *cautio,* la promesse de jouir en bon père de famille, qui seule rendait l'usufruitier responsable de la *custodia,* avec la *satisdatio* dont cette promesse a été suivie par forme de garantie, qu'on a admis la validité de la remise en principe, mais qu'on s'est vu forcé de la rejeter en matière de testament, à cause de la L. 1, C. III, 33. La *satisdatio* qui consistait régulièrement dans le cautionnement donné par des fidéjusseurs ou, à défaut de fidéjusseurs, dans la constitution d'hypothèque, peut être remise, parce qu'elle n'est qu'une garantie du droit; la *cautio* proprement dite ne saurait l'être, parce qu'elle est la condition du droit même qui est réservé.

tent (L. 13, § 7, D. VII, 1), ni en aucune façon troubler ou empêcher la jouissance de l'usufruitier. En cas d'accident ou en cas de vétusté, il peut faire les reconstructions, mais il n'en a pas l'obligation. Cependant il conserve le droit d'aliéner la chose, de la grever d'hypothèque, d'acquérir des servitudes, et même de concéder celles des servitudes qui ne nuisent pas à l'usufruitier, telle que la *servitus non altius tollendi*. Mais pourrait-il au moins, du consentement de l'usufruitier, concéder une servitude qui diminuât sa jouissance? La L. 15, § 7, D. VII, 1, décide cette question négativement en des termes que nous devons rapporter : *Proprietatis dominus, nequidem consentiente usufructuario servitutem imponere potest;* et la L. 16, ajoute : *Nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat*. Enfin la L. 17 établit une exception pour un motif religieux : *Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario et hoc verum est favore religionis*. La décision de cette L. 15 a paru si contraire aux principes généraux, que la plupart des jurisconsultes praticiens la regardant comme inadmissible, ont cru voir dans le texte une erreur, qu'ils ont entrepris de redresser en proposant de lire : *si quidem*, pour *nequidem*, et à la L. 16, *non nisi*, pour *nisi*. En effet, disaient-ils, si l'usufruitier consent avec le propriétaire, à la concession de la servitude, ce consentement simultané doit donner à la concession le même effet qu'elle eût produit si la concession avait été faite par le propriétaire seul, avant la constitution de l'usufruit. D'un autre côté, ajoutait-on, si le propriétaire peut seul consentir une servitude qui ne nuit pas à la jouissance de l'usufruitier, pourquoi ne pourrait-il pas concéder du consentement de l'usufruitier une servitude qui nuirait à ce dernier : *volenti non fit injuria*.

Telle est l'opinion de Mornac, de Huberus, de Bynkershoek, opinion qui doit sans contredit être admise dans un système de législation qui, en règle générale, admet la représentation dans l'acquisition des droits civils et consacre partout la puissance de la volonté, abstraction faite de la forme. Mais au point de vue du droit romain, personne ne prétend plus aujourd'hui qu'il y ait rien à changer au texte, quoique les commentateurs regardent encore comme difficile de donner les motifs

véritables de cette décision. Voici l'explication que je crois la plus conforme aux principes du droit romain.

Il est incontestable que l'usufruitier ne peut concéder une servitude à un tiers : il faut être propriétaire pour concéder le droit de servitude (L. 15, D. VII, 1); à plus forte raison l'usufruitier ne saurait-il faire une concession de servitude; son droit n'est que temporaire et la servitude devrait avoir une *causa perpetua*. Il suit de là, que le tiers ne peut pas acquérir la servitude directement de l'usufruitier. Reste à savoir s'il peut l'acquérir indirectement du propriétaire, en vertu du consentement de l'usufruitier. Pour qu'il la pût acquérir ainsi il faudrait, ou que l'usufruitier pût transférer cette servitude au propriétaire, ou bien que le propriétaire pût l'acquérir pour le tiers. Or cela ne se peut pas; l'usufruitier peut bien renoncer en faveur du propriétaire à son droit d'usufruit même, mais il ne s'agit pas ici de la cession de l'usufruit, il s'agit d'une concession de servitude réelle; et une telle servitude ne peut être acquise par le nu-propriétaire; il ne peut l'acquérir pour son fonds *quoniam res sua nemini servit*, et il ne peut l'acquérir pour le tiers, pour le fonds d'autrui, *quoniam jure civili extraneo et per extraneum acquiri non potest*. C'est donc à cause de l'impossibilité d'acquérir civilement pour un tiers, que le droit romain est arrivé aux conséquences indiquées à la L. 15, D. VII, 1.

71. Comme il est essentiel que l'usufruitier jouisse *salva substantia*, c'est-à-dire de telle sorte que la chose et la propriété soient conservées au nu-propriétaire, il devait suivre de là que les choses dont on ne peut user ou jouir sans porter atteinte à la propriété, qu'en d'autres termes les choses consomptibles ainsi que l'argent ne pouvaient être l'objet de l'usufruit. Donc comme dans une succession il se trouve des choses de toutes natures, l'usufruit ne pouvait porter sur tous les biens, sur l'universalité de la succession. Un changement dut nécessairement s'opérer en cette matière par l'effet de la loi Pappia-Poppeja. Cette loi défendit entre époux les dispositions pour cause de mort qui portaient sur tout le patrimoine, en laissant valides ces dispositions lorsqu'elles n'embrassaient que l'usufruit; elle devait

donc rendre fréquentes les dispositions concernant l'usufruit de tout un patrimoine et par suite provoquer les dispositions législatives ultérieures touchant les droits de l'usufruitier sur les choses consomptibles. C'est ce que fit un sénatusconsulte du temps d'Auguste. L'autorité des jurisconsultes fit le reste, et les droits de l'usufruitier, quant aux choses consomptibles, se trouvèrent réglés comme suit : celui qui avait reçu l'usufruit de telles choses, était obligé de restituer à la fin de l'usufruit pareille quantité de même genre et qualité, à moins que le testateur ou les parties n'eussent estimé les objets, ce qui rendait l'usufruitier débiteur de cette estimation. La L. 7, D. VII, 5, pour éviter les contestations concernant la qualité des objets, conseille même de recourir à cette estimation.

Le quasi-usufruit est ainsi nommé parce qu'il a été établi à l'instar de l'usufruit; en effet, quand il s'agit de choses consomptibles, *res quae numero pondere mensura constant,* le *genus* ou l'*aestimatio* qui ne périssent point, constituent la substance qui doit être conservée et restituée; le quasi-usufruit est donc le droit de jouir ou d'user (il n'y a ici aucune différence entre l'*usus* et l'*ususfructus*) de choses consomptibles, à la charge d'en restituer pareille quantité de même genre et qualité. Il en est de même quand il s'agit d'argent, d'espèces monnayées; car bien qu'il soit vrai de dire qu'à proprement parler ces espèces ne périssent point par l'usage qu'on en fait, cependant elles s'éteignent en quelque sorte pour celui qui en use, puisqu'on ne peut en user qu'à la condition d'en transférer la propriété : *ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur,* dit le § 2 Inst. II, 4.

D'après ce qui précède, le quasi-usufruit n'est pas un droit réel proprement dit; car il n'a pas pour objet la chose d'autrui, attendu que le quasi-usufruitier devient non seulement propriétaire, mais en même temps débiteur d'une *quantitas.*

Cette obligation de restituer la chose *in eadem quantitate et qualitate,* existe de plein droit par la seule constitution du quasi-usufruit. Dans le véritable usufruit la restitution se fait *in specie;* mais par la seule constitution de l'usufruit, l'usufruitier n'est

pas débiteur du nu-propriétaire, quoiqu'il soit soumis à la revendication, à l'action Aquilienne et à toutes les autres actions résultant d'un délit. C'est seulement la promesse *boni viri arbitratu restitutum iri,* qui établit l'obligation par laquelle l'usufruitier est lié envers le nu-propriétaire, et comme sans cette promesse les droits du nu-propriétaire seraient illusoires, elle est considérée comme nécessaire, en ce sens, non seulement qu'elle peut toujours être exigée, mais encore qu'elle ne saurait être remise. Bref, dans le quasi-usufruit l'obligation de restituer *in genere* existe de plein droit, tandis que dans l'usufruit l'obligation de restituer *in specie* n'existe qu'en vertu de la *cautio usufructuaria.*

L'obligation de la restitution peut être assurée par une garantie accessoire, par une *satisdatio,* par des cautions ou par une hypothèque; et cette garantie peut être exigée dans l'usufruit comme dans le quasi-usufruit. Mais comme elle est accessoire, elle n'est pas nécessaire. Dans l'un comme dans l'autre cas, il peut en être fait remise. Dans le *verus-ususfructus,* comme la restitution se fait *in specie,* c'est le nu-propriétaire qui porte le risque et péril; dans le *quasi-ususfructus,* c'est l'usufruitier, puisque l'espèce disparaît. Tel est le motif principal pour lequel on dispute souvent sur la question de savoir, si la jouissance de telle ou telle chose doit être considérée comme un usufruit, ou comme un quasi-usufruit.

Le quasi-usufruit embrasse donc les mêmes objets que le *mutuum,* c'est là un premier point d'analogie; un deuxième point, c'est que le quasi-usufruitier devient comme l'emprunteur, propriétaire de la chose et responsable des risques et périls. Il n'en résulte cependant pas qu'on puisse dire que le quasi-usufruit n'est rien qu'un *mutuum* avec *cautio;* car il y a entre le *mutuum* et le quasi-usufruit encore deux autres différences, dont la dernière est essentielle.

Si aucun terme n'est stipulé dans la constitution du quasi-usufruit, celui-ci est constitué pour la vie de l'usufruitier, tandis que le *mutuum* peut être redemandé à tout moment, quoique le juge puisse cependant, selon les circonstances, accorder un délai équitable.

Le *mutuum* est toujours restitué *in eodem genere et natura*. Il cesserait d'être *mutuum*, et serait une vente, si dès le principe on avait substitué l'estimation à la restitution en nature. Ce n'est que lorsque l'emprunteur ne restitue pas en nature, qu'il est condamné à payer l'estimation, et celle-ci est alors la valeur de la chose au temps où devait se faire la restitution. Dans le quasi-usufruit la chose peut être remplacée par l'estimation si les parties l'ont ainsi entendu. L'estimation est alors la valeur de la chose prise au moment de la constitution du quasi-usufruit (L. 7, D. VII, 1).

72. L'usufruit qui porte sur des habillements, est un *verus usufructus*, car ces objets ne se consomment pas par l'usage, quoiqu'ils se détériorent. La perte et la déterioration qui ont lieu sans faute ne sont donc pas à la charge de l'usufruitier (L. 15, §§ 4 et 5, D. VII, 1; L. 9, § 5, D. VII, 9).

Ces deux lois, et toutes les lois des Pandectes qui touchent à cette matière, regardent les habits comme susceptibles d'un *verus usufructus*, tandis que le § 2 Inst. II, 4, les compte parmi les choses qui sont l'objet du quasi-usufruit. Les interprètes ont beaucoup disserté pour concilier ces textes; les uns ont dit qu'au § 2 Inst. II, 4, le mot *vestimenta* est employé pour laine; les autres qu'il s'agit au même passage de *vestimenta* qui ont été estimés. Cette dernière observation nous paraît de nature à concilier les textes cités. D'abord il est incontestable que les objets d'habillement, considérés en soi, constituent un usufruit véritable, mais comme ils se détériorent par l'usage, il sera probablement devenu de style d'estimer ces objets à l'avance à une somme que l'usufruitier devait rendre à la fin de l'usufruit, et c'est à cause de cet usage qui probablement était devenu général au temps de Justinien, que le § 2 Inst. II, 4, énumère les vêtements parmi les choses qui sont l'objet d'un quasi-usufruit. Ils n'en restent pas moins soumis à un usufruit véritable toutes les fois qu'il n'y a eu, lors de la constitution du droit, ni convention spéciale, ni estimation.

73. La disposition de la loi Pappia-Poppeja dont il a été question au n° 71, renferme non seulement l'usufruit des choses consomptibles, mais aussi celui d'une créance. Il paraît cependant que les jurisconsultes ont beaucoup hésité à reconnaître ce dernier

droit. Nerva ne l'avait admis que lorsque l'usufruitier était lui-même débiteur de la créance, parce que dans ce cas il n'avait pas besoin d'une action pour revendiquer son usufruit, mais percevait l'émolument de son droit par voie de rétention (L. 3, D. VII, 5). Les jurisconsultes Cassius et Proculus admirent l'usufruit d'une créance dans tous les cas, et Ulpien dit que par une extension du droit strict on a accordé à l'usufruitier d'une créance, la revendication de l'usufruit en l'autorisant à demander la cession des actions (L. 44, § 6, D. XXX). Il y a plus : l'usufruitier d'une créance pouvait au besoin, sans cession préalable, et par l'effet d'une cession légale, intenter directement les actions contre le débiteur (L. 18, C. VI, 37). L'usufruitier d'une créance peut donc en poursuivre les intérêts; il peut aussi poursuivre le remboursement du capital lorsqu'il est échu, non pas pour disposer des objets reçus en payement, d'une manière absolue comme cessionnaire, mais à charge de restituer les choses *in specie,* ou *in genere* si elles sont consomptibles. A cet effet, l'usufruitier d'une créance doit donner la *cautio boni viri arbitratu restitutum iri,* si bien qu'il n'a aucun droit, même aux intérêts, avant d'avoir donné cette caution (L. 1, C. III, 33).

Lorsque l'usufruitier de la créance poursuit ou reçoit le payement échu, ce payement fait entre ses mains, constitue un véritable usufruit, si la chose est non consomptible, et un quasi-usufruit, si elle est consomptible. Mais tant que la créance subsiste, l'usufruit sur cette créance forme-t-il un *verus* ou un *quasi-ususfructus?* Cette question a été diversement résolue, et cela se conçoit, car il y a une distinction à faire. Si l'on considère que l'*ususfructus verus* est un *jus in re,* un droit qui doit avoir pour objet une chose corporelle dans son espèce, on ne peut pas dire que l'usufruit d'une créance soit un véritable usufruit. Cependant peut-on dire que l'usufruit d'une créance soit un quasi-usufruit? Nous ne nous opposerions pas à cette dénomination si l'on s'entendait sur les effets; au fond si la jouissance d'une créance est un usufruit véritable, l'usufruitier ne répondra pas des risques et périls, il ne répondra que de sa négligence, de l'extinction de la créance, par exemple, par l'effet de la prescription. S'il n'est considéré que

comme un quasi-usufruit, il répondra du risque et péril; or ce serait là une conséquence inadmissible en équité. Puisque l'usufruitier d'une créance n'a que le droit de poursuivre la chose due, on ne saurait le considérer comme obligé à l'instar de celui qui a reçu une chose corporelle à charge de la restituer; il peut rencontrer tel empêchement en effet qui, de fait, rende le remboursement de la créance impossible; il se peut que le débiteur soit insolvable. Il serait donc inique de considérer l'usufruitier d'une créance comme quasi-usufruitier, en ce sens qu'il dût porter les risques et périls. Aucun texte ne vient à l'appui de cette assertion, et la L. 1, C. III, 33, la repousse même formellement. Ainsi qu'on dise que l'usufruit d'une créance n'est pas un *verus ususfructus*, mais qu'on se garde de dire que c'est un *quasi-ususfructus* et d'en tirer la conséquence que l'usufruitier d'une créance, si elle a pour objet des choses consomptibles, est tenu des risques et périls, et cela avant même que le payement ait été effectué ou ait pu l'être. Avant le payement il n'est tenu que de sa faute; par le payement les relations changent : si la chose payée est une chose non consomptible, un *verus ususfructus* est constitué; si elle est consomptible, elle deviendra l'objet d'un quasi-usufruit, qui produira tous ses effets.

74. L'*ususfructus*, comme l'indique le mot, renferme deux droits distincts : l'*usus* qui considéré séparément consiste dans le droit de se servir de la chose, abstraction faite des fruits qu'elle peut produire, et le *fructus*, qui consiste dans le droit de percevoir les fruits.

Le *fructus*, ainsi que nous l'avons vu, comprend généralement l'*usus*; à moins que l'*usus* n'en ait été détaché, et lors même qu'il en a été détaché, le *fructus* renferme toujours nécessairement cette espèce d'*usus* qui est indispensable pour cultiver la chose, pour lui faire produire des fruits. Mais, de même que le *fructus* comprend nécessairement cette espèce d'*usus* (L. 14, D. VII, 8), ainsi par une extension commandée par la règle qu'il faut interpréter les actes de telle sorte qu'ils aient de l'effet, l'*usus* renferme quelquefois une part du *fructus*. Du reste, pour indiquer la réunion des deux droits, on se sert le plus souvent du mot *ususfructus*, et pour

indiquer que l'*usus* est séparé du *fructus*, des mots *nudus usus*.

Avant Thibaut les jurisconsultes avaient généralement défini l'*usus*, le droit de se servir de la chose d'autrui pour ses besoins personnels et ceux de sa famille. Le droit d'usage, disaient-ils, est circonscrit par les besoins de la personne, tandis que l'usufruit renferme tout ce que la chose peut produire, et n'est limité que par la destination objective de la chose même. Cependant Thibaut a montré que cette définition est inexacte. En effet, dans les cas où la loi accorde à l'usager quelque droit aux fruits, ce droit est limité par les besoins de la personne, tandis que l'usage, en ce qu'il a d'essentiel, n'est pas limité par ces besoins, mais seulement par la possession qui peut être nécessaire à celui qui vient sur le fonds à l'effet de le cultiver et d'en percevoir les fruits (L. 42, D. VII, 1). Par conséquent toutes les fois qu'il s'agit d'un objet qui ne produit pas de fruits naturels, l'*usus* est absolu. Ainsi, supposé que l'usager d'une maison n'occupe pas la maison dans toutes ses parties, le propriétaire ne pourrait revendiquer les parties non habitées. L'usager d'ailleurs peut aussi recevoir un hôte, car les maisons servent généralement à cette fin. Il y a plus; comme le propriétaire ne conserve aucun droit sur les parties de l'habitation qui ne sont pas occupées par l'usager, celui-ci pourra même recevoir un locataire. Mais il ne pourrait donner en location toute la maison, parce que le droit de se servir de la chose, bien qu'il ne soit pas limité par les besoins personnels de l'usager, est cependant attaché à lui, et inséparable de sa personne, même quant à l'exercice (1). De même lorsque l'usage d'un esclave a été légué, le légataire a le droit absolu et exclusif de s'en servir, et le propriétaire a perdu tout droit à cet égard; mais l'usager ne peut louer ses services; s'agit-il de l'*usus* d'un *fundus*, d'une ferme, d'une *villa*, qui produisent des fruits naturels, le droit de se servir de la chose n'est nullement limité par les besoins personnels de l'usage. Ce n'est que le droit aux fruits qui est limité par ces besoins. L'usager d'un *fundus* ou d'une *villa*, n'occupât-il pas tous les bâtiments, ne doit tolérer la pré-

(1) L. 2, L. 3, L. 4, L. 22, § 1, D. VIII, 8.

sence du propriétaire qu'en tant qu'il vient avec ses gens cultiver la terre et récolter les fruits (L 10, 11, et 15, D. VII, 8).

De ces différents exemples et des textes cités, Thibaut a tiré la conclusion : que l'*usus* consiste essentiellement dans les services que peut fournir la chose, et qu'en ce qu'il a d'essentiel, il n'est pas limité par les besoins personnels de l'usager; que le *fructus* consiste dans le droit de percevoir les fruits naturels ou civils; que s'il arrive parfois que l'usager a droit à certains fruits, c'est moins en vertu de la nature primitive du droit d'usage que pour empêcher que certains actes ne paraissent illusoires et ne manquent leur effet.

D'après cela l'usager d'une ferme ou d'une campagne devait avoir droit aux fruits, mais un droit qui a été limité aux besoins de sa personne et de sa famille, y compris les hôtes qu'il reçoit. Car sans ce droit aux fruits, en quoi aurait différé l'usage d'une ferme de l'usage d'une maison? Au cas où le fonds ne porte aucun bâtiment, l'*usus* serait même illusoire, si l'usager n'avait droit à la même portion de fruits, limitée par ses besoins personnels. Cette extension du droit d'usage a paru tellement nécessaire, pour donner de l'effet aux actes, que l'usager a droit à ces fruits, ne dût-il pas même en rester pour le propriétaire ou pour l'usufruitier; de sorte qu'il se peut que l'*usus* d'un fonds soit plus avantageux que l'usufruit même (L. 15 et L. 22, D. VII, 8). Il en serait de même de l'*usus* d'une prairie, de l'*usus* d'un étang poissonneux. L'usager prendra sur les produits de la chose ce qu'il lui faut pour ses besoins personnels. Quant à l'usage sur un troupeau, en vertu d'une interprétation favorable donnée aux dernières volontés, les jurisconsultes le regardent comme donnant droit à un peu de lait pour l'usager et sa famille. Mais, sauf cette réserve, la laine, les jeunes et le lait sont *in fructu* et ne peuvent appartenir à l'usager (L. 12, D. VII, 8). — Nous remarquerons ici avec Donellus, que par *modicum lac* il faut entendre le lait que l'usager consomme en nature, et rien au-delà; par conséquent il ne pourrait pas prendre du lait pour en faire du beurre ou du fromage.

Quand il s'agit de choses dont on ne peut user, sans les consommer ou les aliéner, l'usage a la même extension que l'usufruit.

En effet, l'usager est dans ces cas un quasi-usufruitier, il devient débiteur d'une quantité; s'il en était autrement, l'*usus* de pareille chose serait sans effet, sans valeur (1).

Il en est de même du droit d'usage sur d'autres choses, si à raison de quelques circonstances particulières l'usage pris dans sa signification stricte, devait demeurer sans utilité, ou presque sans utilité pour l'usager. Ainsi l'usager d'un bois taillis, qui en général n'a droit qu'au bois nécessaire pour ses besoins domestiques, est autorisé à faire des coupes réglées et à les vendre, si à raison de l'éloignement des lieux, le droit d'usage proprement dit, lui était inutile (L. 22, D. VII, 8). Remarquez que la circonstance de l'éloignement n'est pas formellement énoncée dans ce texte; mais elle y est suffisamment indiquée, suivant l'avis des meilleurs interprètes.

De même, si l'usage d'une maison disposée pour recevoir un artisan, avait été légué à une personne de qualité, le legs donnerait au légataire le droit de louer la maison. De même encore, l'usage d'un attelage de chevaux que le testateur aurait légué à une personne qu'il sait exercer la profession de loueur de chevaux, attribuerait à l'usager le droit de donner les chevaux en location (L. 12, § 4, D. VII, 8).

75. Plusieurs différences distinguent l'usage de l'usufruit :

1° L'usage, excepté aux cas où il se confond avec l'usufruit, ne peut être cédé à un tiers, pas même quant à l'exercice. Il a donc un caractère de personnalité plus rigoureux que l'usufruit, puisque ce dernier peut être transporté à un tiers, du moins quant à l'exercice. Au cas même où l'usager d'un fonds de peu d'étendue absorberait tous les fruits du fonds, son droit aurait certainement beaucoup d'analogie avec l'usufruit, mais il en différerait encore en ce point.

L'usage ne pouvant être donné en location ni vendu, ne saurait par conséquent être l'objet d'une saisie. Cette différence entre l'*usus* et l'usufruit, provient de ce que dans l'*usus* c'est le droit de se servir de la chose qui est essentiel, tandis que dans le *fructus* c'est le droit de percevoir les fruits. Or, il n'y a qu'une

(1) L. 80, D. XLV. 1; — L. 5, § 2, D. VII, 5; — L. 10, § 1, D. *eod.*

manière de jouir, l'usufruit étant limité par ce que produit la chose suivant sa substance, suivant sa destination, tandis que l'étendue de l'usage dépendra des besoins de la personne qui l'exerce; et si l'usage est constitué de telle sorte que par le titre même le concessionnaire est autorisé à donner la chose en location, une telle clause étant contraire à la nature, mais non pas à l'essence du droit d'usage, devrait être observée, alors même qu'elle ne serait exprimée que d'une manière tacite.

2° De ce que l'usage consiste essentiellement dans la faculté d'user de la chose, l'usufruit dans celle de percevoir les fruits, il suit que l'usufruit est un droit divisible; par conséquent que plusieurs peuvent acquérir un seul et même usufruit sur un seul et même objet, *pro indiviso*. L'usage au contraire est un droit indivisible, puisque, consistant essentiellement dans le *fait* de se servir de la chose, il ne produit rien de corporel. Or des *facta nuda* sont de leur nature indivisibles. Dira-t-on que l'usager parfois a le droit de prendre des fruits? Nous répondrons que ces fruits ont cependant pour mesure les besoins personnels de l'usager, et ne peuvent aller au-delà; or, ces besoins satisfaits; il ne reste rien; donc aucune division n'est possible. De là naissent deux conséquences : 1° Si une part d'un droit d'usage avait été léguée, le legs serait nul (L. 19, D. VII, 8); 2° si l'usage d'une chose est concedé à plusieurs, ce n'est pas un seul et même droit qu'ils acquièrent *pro indiviso*, mais ce sont réellement autant de droits distincts qu'il y a d'usagers, absolument comme si une servitude avait été consentie au profit de plusieurs biens-fonds différents. Cependant plusieurs usagers qui ont sur la même chose un seul et même droit d'usage, peuvent provoquer un *judicium communi dividundo;* toutefois on ne pourrait conclure de là qu'ils sont usagers pour une part indivise; ils se trouvent bien dans une espèce de collision, mais en principe ils sont usagers pour le tout. Donc dans cette collision, il se peut que la chose ne puisse se prêter à la fois à l'usage des deux; et dès lors le juge interviendra forcément pour lever la collision (L. 10, § 1, D. X, 2).

3° Dans l'usufruit il y a lieu au droit d'accroissement, même après que l'usufruitier a déjà joui du legs; car le droit d'usufruit

ne se transmet pas aux héritiers. Dans l'*usus*, ce principe s'applique aussi, car il ne peut également se transmettre aux héritiers, mais là il n'y a pas d'accroissement proprement dit, il y a plutôt lieu à un *jus non decrescendi*. En effet l'*usus*, en ce qu'il a d'essentiel, est toujours absolu; il s'étend sur toute la chose; si donc de plusieurs co-usagers, l'un fait défaut, il cesse d'être un obstacle à l'exercice complet du droit de l'autre, tandis que dans l'usufruit le concours de plusieurs légataires à la même chose, établit des parts, lesquelles accroissent lorsqu'un des légataires fait défaut. Le droit d'usage, en ce qu'il a d'accidentel, est restreint par sa nature, aux besoins de la personne. Par conséquent, si à cause du concours deux usagers n'avaient eu de quoi satisfaire leurs besoins personnels, le défaut de l'un laisserait à l'autre les fruits nécessaires, et il y aurait encore là un *jus non decrescendi*.

4° Une dernière différence consiste en ce que l'usufruitier acquiert les fruits par la perception d'une manière irrévocable. L'usager, quant il a droit aux fruits, peut en recueillir autant qu'il lui en faut pour la consommation de l'année, toutefois il ne les acquiert pas irrévocablement par la perception, mais seulement par la consommation. Il n'y a droit, en effet, qu'à la condition de les consommer pour la satisfaction de ses besoins; donc à la mort de l'usager les fruits extants ne passent pas à ses héritiers, mais peuvent être revendiqués par le propriétaire.

76. L'usager doit donner la *cautio* comme l'usufruitier; il doit se servir de la chose en bon père de famille, selon sa destination, et la restituer *salva substantia* sans détérioration née de sa faute (L. 5, L. 11, D. VII, 9). Au sujet des réparations, la L. 18, D. VII. 8, fait cette distinction : 1° Ces frais sont partagés entre l'usager et le propriétaire, lorsque la chose ne produit pas de fruits; ainsi dans l'usage d'une maison le propriétaire contribuera avec l'usager à l'entretien des clôtures et couvertures; 2° Lorsque la chose produit des fruits, le propriétaire ou l'usufruitier supporte seul les frais d'entretien et de culture; 3° Lorsque l'usager recueille tous les fruits, c'est lui qui doit supporter les frais.

77. La nature et les effets du droit d'*habitatio* n'avaient pas été exactement définis avant Justinien. Les Sabiniens avaient voulu y

appliquer les règles du droit d'usage; ainsi ils refusaient à l'*habitator* le droit de donner la chose en location, d'en percevoir les fruits civils (L. 8, D. VII, 8), tandis que les Proculiens assimilaient au contraire l'*habitatio* à l'usufruit. Justinien trancha la controverse par une de ses cinquante décisions, la L. 13, C. III, 33. Cette loi déroge à la L. 8, D. VIII, 8, et permet à l'*habitator* de donner la chose en location; mais remarquons qu'elle ne l'autorise pas à céder son droit gratuitement, et que par conséquent la L. 10, D. VII, 8, qui défend cette cession gratuite, ne peut pas être considérée comme abrogée. L'habitation est donc une servitude personnelle qui confère plus de droits que l'usage, puisque l'*habitator* peut donner la chose en location, mais qui en confère moins que l'usufruit, puisqu'il ne peut céder gratuitement l'exercice de son droit.

L'habitation diffère de l'usage et de l'usufruit, en ce qu'elle ne s'éteint ni par le non-usage, ni par la *capitis diminutio,* si toutefois elle est établie par un legs, par une disposition testamentaire. Mais, comme Glück l'a démontré, ces deux causes d'extinction de la servitude conservent leurs effets ordinaires dans tous les cas où il ne s'agit pas d'une *habitatio legata.* D'abord les termes de la L. 10, D. IV, 5, qui traite de cette exception, ne se rapportent qu'au droit d'habitation constitué par une disposition testamentaire, et si l'on recherche les motifs de cette loi, si on la compare avec la L. 35, D. XXXIX, 6, on acquiert la conviction qu'elle ne peut pas être étendue au cas où ce droit est constitué par une convention. La L. 10, D. IV, 5, en effet, en statuant que l'*habitatio legata* ne s'éteint ni par le non-usage ni par la *capitis diminutio,* assimile ce droit au *legatum in singulos annos, menses vel dies relictum,* et elle ajoute que de tels legs consistent plutôt *in facto* que *in jure.* Cela veut dire que dans l'*habitatio legata,* comme dans le legs *in singulos annos, menses, dies,* il y a autant de legs distincts, qu'il y a d'années, de mois, de jours de jouissance; que par conséquent, de fait, le legs se renouvelle périodiquement de manière que la *capitis diminutio* et le *non usus* n'ont d'effet que pour le temps qu'ils ont duré. La L. 35, § *ult.*, D. XXXIX, 6, établit d'ailleurs une distinction formelle entre le

cas où l'on a stipulé un droit pour la vie, et celui d'un legs fait *in singulos menses* ou *annos;* ce n'est que dans le second cas qu'elle reconnaît qu'il y a autant de legs que de mois ou d'années; au premier cas il n'y a qu'un seul droit qui ne se renouvelle pas, qui par conséquent peut s'éteindre pour toujours, soit par le *non usus* soit par la *capitis diminutio.* Enfin il est à remarquer que les textes relatifs à la non-extinction des *operae servorum* par le *non usus* ou la *capitis diminutio,* ne se rapportent également qu'aux *operae legatae* (1).

78. Suivant plusieurs auteurs, quand le *jus habitationis* est établi par donation, la concession n'est pas obligatoire pour les héritiers du donateur, de telle sorte que dans ce cas l'habitation perd son caractère de servitude personnelle, et devient un simple droit d'obligation même précaire. Mais la L. 27, D. XXXIX, 5, prouve à l'évidence qu'il n'en est pas ainsi, car elle méconnait d'une manière formelle aux héritiers du donateur la faculté de révoquer le droit que leur auteur avait concédé. Il est vrai que la L. 32, D. XXXIX, 5, paraît venir à l'appui de l'opinion des auteurs que nous combattons, mais il faut remarquer que ce texte est un *responsum* et qu'il y est question, non d'une *habitatio,* mais d'un *hospitium* consistant dans la concession de quelques chambres; de plus cette concession est faite par lettres; or avant Justinien elle ne pouvait, dans cette forme ni dans la forme du pacte, constituer une donation. C'est à raison de ces circonstances que le jurisconsulte déclare que la concession n'est pas obligatoire pour les héritiers du concédant. Du reste le texte dit en termes non équivoques que c'est là une décision rendue pour ce cas spécial, *secundum ea quae proponerentur.* Ainsi il ne s'applique pas à l'*habitatio,* et s'il s'y appliquait, la faculté qu'auraient les héritiers du donateur de révoquer le droit concédé, résulterait d'un vice de forme et non de la nature du *jus habitationis.* Ce droit, qu'il soit constitué par une donation ou par un autre acte, est toujours une servitude personnelle et s'il n'y a pas de terme apposé à la durée de la concession, elle est censée accordée pour la vie du concessionnaire, sans que les héritiers du concédant puissent la révoquer.

(1) Voyez Glück, IX, p. 468; — L. 2, D. XXXIII, 2; — L. 1, § 9, D. XXXV, 2.

79. Comme l'*habitator* peut recueiller les fruits civils de la chose, son droit est divisible. Le concours de plusieurs légataires du *jus habitationis* établit donc des parts, et par conséquent, quand l'un d'eux fait défaut, il y a lieu à un véritable droit d'accroissement, comme en matière d'usufruit. Le caractère qui distingue le plus nettement le droit d'habitation, des droits d'usufruit et d'usage, c'est donc que lorsque le premier est constitué par testament il ne s'éteint ni par le *non usus*, ni par la *capitis diminutio*.

80. Comme l'*habitator* a le droit de percevoir les fruits civils de même que l'usufruitier, il est comme lui tenu des réparations d'entretien (L. 5, § 3, D. VII, 9), tandis que l'usager d'une maison n'est tenu des frais de ces réparations que pour la moitié concurremment avec le propriétaire (L. 18, D. VII, 8). L'*habitator* doit aussi donner la même caution que l'usufruitier et l'usager (L. 5, § 3, D. VII, 9).

81. Les *operae servorum* tiennent le milieu entre l'*usus* et l'*ususfructus* d'un esclave, comme l'*habitatio* tient le milieu entre l'*usus* et l'*ususfructus* d'une maison. Celui qui a le *jus operarum* peut donner les *operae* en location (L. 3, D. VII, 7), de même que l'*habitator* peut louer la maison. Ce droit a encore cela de commun avec l'*habitatio* que concédé à titre de legs, il ne s'éteint ni par le *non usus* ni par la *capitis diminutio* (1). Mais ce qu'il a de particulier, c'est qu'au lieu de s'éteindre comme les autres servitudes personnelles par la mort du concessionnaire, il peut se transmettre aux héritiers, pour ce motif que les *operae* peuvent consister en une œuvre déterminée, qui est restée inachevée à la mort du concessionnaire. Les *operae servorum* ne s'éteignent donc que par l'accomplissement de l'œuvre pour laquelle ils avaient été constitués, par l'expiration du terme que l'on avait fixé pour la durée des services, par la mort de l'esclave qui devait les vendre, ou par l'usucapion de cet esclave au profit d'un tiers (L. 2, D. XXXIII, 2).

D'après l'opinion de plusieurs auteurs, les règles sur les *operae servorum* ont été étendues dans la pratique aux *operae animalium*.

(1) L. 2, D. VII, 7; — L. 2, D. XXXIII, 2; — L. 1, § 9, D. XXXV, 2.

DE L'ACQUISITION DES SERVITUDES.

Sommaire.

82. Plan à suivre.
83. Servitudes qui s'acquièrent en vertu de la loi : — 1° Usufruit légal;
84. 2° Servitudes réelles établies par la loi.
85. Servitudes acquises tacitement comme complément d'un autre droit.
86. Pour qu'une servitude soit tacitement acquise, il faut qu'elle soit nécessaire.
87. Les servitudes peuvent s'établir par jugement divisoire.
88. Les servitudes s'acquièrent en vertu du consentement des parties. Mais la convention suffit-elle à elle seule pour constituer la servitude? Distinguer la *deductio* de la *constitutio servitutis*.
89. Suite. — Systèmes divers adoptés par les auteurs.
90. Suite. — Les servitudes ne s'acquièrent que par la quasi-tradition, mais cette quasi-tradition peut consister aussi bien dans le consentement exprimé, que dans l'*usus* et la *patientia*.
91. L'ancien droit ne connaissait pour le territoire de l'Italie que deux modes d'établissement de la servitude; un troisième mode s'étendit des provinces à l'Italie.
92. De l'acquisition de la servitude par testament.
93. De la quasi-possession des servitudes.
94. De l'usucapion des servitudes sous l'ancien droit.
95. De la *longi temporis prescriptio* en matière de servitudes. Conditions requises.
96. A qui incombe la preuve que la prescription réunit les conditions et caractères requis?
97. Du temps exigé pour la prescription, et de l'interruption de la quasi-possession. Il faut distinguer l'interruption d'une possession qui doit conduire à l'acquisition du droit de celle qui doit conduire à son extinction.
98. De la prescription de 30 ou 40 ans, et de la prescription de temps immémorial.
99. Peut-on acquérir l'usufruit par prescription? — *Quid* en droit moderne.
100. Qui peut grever un fonds d'une servitude?
101. Qui peut acquérir une servitude?
102. Interprétation de la L. 6, § 1, D. VII, 5.

82. Les servitudes s'acquièrent par la loi, par jugement, par prescription, par conventions, par testament. Nous examinerons successivement ces divers modes d'acquisition.

Les auteurs confondent souvent sous la dénomination commune de servitudes légales, celles qui s'acquièrent réellement en vertu de la loi; et celles qui s'acquièrent comme conséquence directe et nécessaire d'un autre droit. Nous ne traiterons d'abord que des premières, à savoir de l'usufruit légal (n° 83) et des servitudes réelles que la loi a établies (n° 84); puis nous examinerons spécialement dans quels cas elles existent en vertu du consentement tacite (n° 85); et traiterons ensuite des autres modes d'acquérir que nous venons d'indiquer.

83. Parmi les servitudes légales nous rangeons : l'usufruit légal du père sur le pécule adventice des enfants, et l'usufruit de l'époux survivant, droits qui se modifient l'un et l'autre suivant les distinctions qui suivent.

L'usufruit légal du père porte : *a*. Sur les biens adventices des enfants sous puissance; *b*. sur les mêmes biens des enfants décédés, lorsque ce n'est point lui qui est leur héritier, mais qu'ils ont laissé des descendants qui l'ont exclu de la succession (L. 1 et L. 3, C. VI, 60); *c*. Sur la moitié des biens adventices des enfans émancipés (L. 3, C. V. 9).

L'usufruit de la veuve pauvre qui porte sur un quart de la succession du mari lorsque celui-ci a laissé moins de quatre enfants, et sur une part d'enfant, lorsqu'il en a laissé quatre ou au-delà (Nov. 117, c. 5). Si le mari n'avait pas laissé d'enfants, la veuve pauvre prenait un quart en propriété.

Le conjoint survivant qui convole en secondes noces, lorsqu'il a des enfants issus du premier mariage, perd au profit de ces enfants la nue-propriété des biens qu'il tient soit du conjoint décédé, soit des enfants prédécédés. La propriété se transforme ici en usufruit pour que le conjoint survivant qui se remarie, ne fasse pas passer dans une autre famille, au préjudice des enfants du premier mariage, les biens qui proviennent du conjoint prédécédé (L. 6, C. VI, 61).

84. Les usufruits légaux dont nous venons de parler, ne sont

pas les seules servitudes créées par la loi. Elle établit aussi des servitudes réelles, soit dans l'intérêt des constructions, soit dans l'intérêt de l'agriculture. Telles sont entre autres :

1° L'obligation de laisser entre les constructions que l'on élève et l'extrême limite de son fonds un espace de six pieds, pour qu'on n'ait pas des vues directes sur les propriétés voisines.

2° La défense d'élever les bâtiments au-delà d'une certaine hauteur, qui paraît avoir été de cent pieds (L. 12, C. VIII, 10). Cette obligation a pour but d'empêcher qu'on ne nuise au jour qui est nécessaire aux constructions voisines.

3° La défense d'élever des constructions à proximité d'une grange, si ces constructions doivent intercepter le courant d'air nécessaire pour vanner le grain (L. 14, § 1, C. III, 34).

4° L'obligation qui incombe à tout propriétaire de recevoir les eaux qui découlent naturellement, *sine opere facto,* du fonds supérieur (D. XXXIX, 3).

5° La servitude de chemin ou de passage que la loi impose dans certains cas comme une nécessité. Ainsi la L. 14, § 1, D. VIII, 6, dispose que si un chemin public a été envahi et emporté par un fleuve, le plus proche voisin du fleuve devra fournir le chemin. A ce sujet les interprètes se sont demandé, si l'État qui force le voisin à fournir le passage, lui doit aussi une indemnité. Les uns ont pensé que l'équité exige qu'il en soit ainsi, tandis que d'autres ont enseigné que le riverain qui a profité des alluvions qui se forment le long de sa propriété, ainsi que des îles qui naissent dans le fleuve, doit supporter le désavantage résultant de l'envahissement des eaux : *Quem commoda sequuntur, eumdem et incommoda sequi oportet.* Ce dernier raisonnement est exact, mais il ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'un *ager non limitatus* ou *arcifinius,* c'est-à-dire d'une de ces propriétés que l'état conférait aux particuliers sans se rien réserver, de telle sorte que le lit du fleuve même qui les traversait était censé appartenir aux riverains, ce qui leur donnait le droit de profiter des alluvions et des îles qui s'y formaient. Mais dans le cas où il s'agit d'un *ager limitatus,* les riverains n'ont ni droit d'alluvion, ni droit sur l'île; tout ce que le fleuve abandonne appartient au premier occupant (L. 1,

§ 7, D. XLIII, 12); et alors, il serait équitable que l'État qui impose la servitude, payât une indemnité à celui qui la subit. Toutefois cette distinction ne se trouve pas dans les textes, et aucune loi ne parle d'indemnité. La raison en est que dans le cas même où il s'agit d'un *ager limitatus,* l'État ne doit pas d'indemnité, parce que le domaine éminent de cet *ager* est censé appartenir au peuple romain.

Si cette question se présentait sous l'empire de nos lois, il faudrait, suivant la doctrine de M. Hennequin (*Traité de législation et de jurisprudence*), distinguer entre les fleuves et rivières navigables, dont le lit est essentiellement considéré comme une dépendance du domaine public (art. 560), et les rivières non navigables dont le lit est en tout point censé appartenir aux riverains. Au premier cas l'indemnité serait due, au second, elle ne le serait pas, en vertu de la règle *ubi commodum, ibi incommodum.*

La loi établit encore une servitude de passage dans le cas où un terrain se trouve enclavé, soit par suite du changement ou du redressement d'un chemin entrepris par l'autorité compétente, soit par suite de toute autre circonstance. Celui dont le terrain est enclavé peut exiger, moyennant indemnité, un passage qui doit être pris là où il est le moins onéreux, le moins préjudiciable; il aura à cet effet une *actio extraordinaria* (L. 12, D. XI, 7).

85. Suivant les principes du droit romain, une servitude peut être acquise en vertu d'une convention tacite. C'est ce qui arrive au cas où elle est nécessaire à l'exercice d'un autre droit. Elle existe alors en vertu de l'acte qui concède ce droit, bien qu'elle n'y soit pas mentionnée. Ainsi lorsque des communistes se partagent un fonds, et que les parts des uns ne sont accessibles qu'au moyen d'un passage sur les parts des autres, ce droit de passer est censé constitué par le partage, par la concession des parts divises (L. 23, § 3, D. VIII, 3). Ainsi encore la concession du droit de puisage implique concession du droit de passage (L. 3, § 1, D. VIII, 3). De même, quand j'aliène un bien à titre de vente, d'échange ou de donation, et que le bien aliéné n'est accessible à l'acquéreur que si je lui laisse un droit de passage à

travers un autre bien dont je reste propriétaire, ce droit de passage, tel que le requièrent la jouissance et l'exploitation du fonds, est censé accordé tacitement avec le fonds même (Arg. de la L. 23, § 3, D. VIII, 3).

En serait-il de même si le passage sur le bien aliéné, était nécessaire pour l'exploitation du bien non aliéné? La servitude est censée réservée dans tous les cas où l'acquéreur est un donataire; mais si l'acquisition a eu lieu à titre onéreux, il faudra admettre une distinction. Si l'acquéreur a connu la nécessité du passage, s'il en a été averti soit par le vendeur, soit par la situation des lieux, comme quand il existe un chemin battu qu'il a dû voir, le passage sera réservé, mais il ne saurait l'être s'il l'a ignorée. Cependant dans ce cas le vendeur peut l'exiger moyennant une juste indemnité (1).

Enfin si le testateur avait légué un bien qui ne fût accessible que par la concession d'un passage à travers un autre bien de la succession, la servitude de passage serait censée léguée en même temps que le bien, et l'héritier devrait la souffrir. Il en serait de même pour le légataire, si le testateur avait légué un bien à travers lequel un passage serait nécessaire à l'héritier, la concession d'un droit impliquant concession du complément indispensable de ce même droit (2).

86. Mais en droit romain c'est sur la seule nécessité que se fonde l'existence d'une servitude tacite (Comp. L. 1, § 4, D. VII, 6). Ainsi un passage ne serait pas dû à l'usufruitier s'il était seulement commode; ainsi encore l'héritier qui a une maison voisine de celle de l'usufruitier, pourrait élever sa maison, dût-il ôter le jour en partie à celle qui est soumise à l'usufruit, pourvu qu'il laissât assez de jour à celle-ci pour être habitable. Le droit romain ne connaît pas l'établissement d'une servitude par destination de père de famille. Il ne suffit pas qu'une servitude soit avantageuse, qu'un lien de dépendance existe entre deux fonds, pour qu'à défaut de stipulation on puisse admettre l'existence d'une servitude tacite; mais la servitude doit être nécessaire pour qu'on

(1) Voyez les L. 10 et 12, D. XI, 7, et L. 23, § 3, D. VIII, 3.
(2) L. 10, D. VIII, 2; — L. 15, § 3, D. XXXIII, 2; — L. 81, § 3, D. XXX.

puisse l'admettre tacitement. La L. 1, D. XXXIII, 3, repousse en termes formels l'établissement tacite d'une servitude entre deux maisons dans un cas où il existe pourtant un lien de dépendance apparent et continu, mais où la servitude n'est pas nécessaire. Un particulier a deux tavernes contigües et les lègue à deux légataires différents. Les constructions de l'une reposent en partie sur l'autre. Y a-t-il servitude *oneris ferendi?* Le jurisconsulte répond que non, à moins que le testateur ne l'ait imposée expressément. Cependant dans ce cas le lien de dépendance est utile et apparent; mais il n'apparait pas comme nécessaire, et c'est sur ce motif que repose la décision de la L. 1, D. XXXIII, 3. A plus forte raison doit-il en être de même pour les actes entre-vifs; c'est pourquoi la L. 3, D. VIII, 4, dit en termes généraux, que le propriétaire de deux maisons qui en vend une, conserve sur celle-ci une servitude, s'il l'a réservée; d'où il faut conclure qu'il ne la retient pas s'il n'a pas fait cette réserve. La servitude de passage fait seule exception.

87. Les servitudes s'acquièrent encore indépendamment de la volonté des parties, par jugement, *adjudicatione*. Nous avons déjà vu que si par l'effet d'un partage, l'une des portions d'un fonds ne pouvait être exploitée, sans que le propriétaire eût la faculté de passer sur les autres portions, la servitude de passage serait censée concédée implicitement par le partage même. Lors donc que le partage aura eu lieu *adjudicatione*, le droit de passage sera censé renfermé dans le *judicium* (L. 23, § 3, D. VIII, 3). Quelquefois aussi le juge, en adjugeant tel bien à l'un, et tel bien à l'autre, accordait dans l'intérêt des parties, un droit de servitude, par exemple une prise d'eau, un aqueduc (L. 22, § 3, D. X, 2). Lorsque le bien se partageait difficilement, lorsqu'il importait aux parties de ne pas le vendre et qu'aucune d'elles ne pouvait le prendre en totalité, il pouvait également adjuger la nue-propriété à l'une des parties, l'usufruit à l'autre (L. 6, § 1, D. VII, 1).

La L. 16, § 1, D. X, 2, comparée avec la L. 19, D. XXXIII, 2, fait ressortir une différence entre le legs d'un fonds accompagné du legs d'un usufruit d'une part, et l'*adjudicatio* d'un fonds jointe à l'*adjudicatio* de l'usufruit sur ce fonds, d'autre part. Dans le

premier cas on décide que le legs du fonds implique le legs de l'usufruit, et qu'il y a concours des deux légataires pour le partage des fruits, décision fondée sur ce que le mot *fundus* comprend naturellement, à moins de dérogation, et la propriété et l'usufruit. Mais dans le second cas, quand le fonds a été adjugé à l'un et l'usufruit à un autre, il faut admettre la présomption contraire; il faut admettre que le juge, par cela même qu'il adjuge l'usufruit à l'une des parties, le distrait entièrement de la propriété; sans quoi l'on arriverait à cette conséquence inadmissible, que le jugement qui devait mettre fin à l'indivision, établirait une indivision nouvelle.

Aujourd'hui la distinction que font les deux lois romaines ne saurait plus être d'aucune application. D'abord nous ne pensons pas que la même présomption doive s'attacher à l'emploi du mot fonds en matière de *legs;* ensuite l'art. 827 ne laisse pas au juge la latitude qu'il avait chez les Romains (1).

88. Nous venons de voir que les servitudes s'acquièrent indépendamment de toute espèce de quasi-tradition et indépendamment même du consentement de celui à qui elles sont imposées, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un jugement divisoire. Un troisième mode d'acquisition repose sur le consentement. Mais la convention seule suffit-elle pour constituer la servitude, sans qu'elle doive être suivie d'une *quasi traditio;* ou bien pareil acte est-il requis, et la convention seule ne constitue-t-elle qu'une obligation *ad tradendum* ou *ad dandum,* suivant qu'il s'agit d'une vente ou d'une stipulation? Cette question est des plus controversées.

La difficulté ne porte point sur l'hypothèse où la servitude est réservée, c'est à-dire où le propriétaire, en aliénant son fonds, se réserve sur ce fonds un droit de servitude. Il est hors de doute qu'alors une simple convention suffit pour l'établir et que la *quasi traditio* n'est pas nécessaire. Il en était ainsi dans l'ancien droit, aussi bien lorsque le fonds était aliéné par une *in jure cessio* que lorsqu'il l'était par simple tradition (2). Le motif en est que la

(1) Voyez les art. 832, 833, 1686, 1687, 1688 du Code civil.

(2) Comp. Gaius, II, § 30; — L. 33, L. 36, § 1, D. VII, 1; — L. 17, § 3, L. 34, L. 35, D. VIII, 2.

servitude étant un élément de la propriété, celui qui l'acquérait, ne fesait en réalité que la retenir, que la déduire, comme l'indiquent les textes par ce mot *deductio*.

La servitude était aussi acquise par la seule convention, lorsque celui qui vendait un fonds, accordait en outre à l'acquéreur la faculté d'exercer une servitude sur le fonds, dont il demeurait propriétaire (L. 3, D. VIII, 4). Dans ce cas la *quasi traditio* de la servitude était censée faite avec la tradition du fonds. Mais plusieurs jurisconsultes sont allés plus loin. Ils ont pensé qu'il y avait encore constitution de la servitude, en vertu de la seule convention, quand le propriétaire de deux fonds, les aliénant tous deux, imposait à l'un une servitude au profit de l'autre, pourvu qu'il le fît avant la tradition d'aucun des deux fonds (L. 8, D. VIII, 4). Si l'un des fonds avait déjà été livré, on devrait dire, avec la L. 6, D. *eod.*, qu'aucune charge ne pourrait être acquise ni imposée après coup, puisqu'on ne saurait ni acquérir une servitude pour un fonds dont on n'est pas propriétaire, ni concéder une servitude sur ce fonds.

89. Mais sauf le cas de la réserve, *deductio*, la seule convention peut-elle grever un fonds, peut-elle faire naître une charge réelle sans qu'il soit nécessaire de faire la *quasi traditio* de la servitude? Mühlenbruch (§ 292) dit que sur cette question trois systèmes différents ont été présentés. D'après le premier, il faut pour constituer la servitude une *quasi traditio*, consistant dans l'exercice du droit, quand il s'agit d'une servitude affirmative, d'une servitude *quae in patiendo consistit*, et dans une prohibition de faire à laquelle il a été obéi, lorsqu'il s'agit d'une servitude négative, *quae in non faciendo consistit* (1). Ce système est aujourd'hui généralement abandonné; il a contre lui les textes nombreux où il est dit que les servitudes s'acquièrent *pactis et stipulationibus*. D'ailleurs il n'est fait mention nulle part de la distinction qu'il faudrait admettre entre les servitudes affirmatives et les servitudes négatives.

Le second système n'admet la nécessité de la *quasi traditio* que pour les servitudes affirmatives, et regarde la convention comme

(1) Telle est l'opinion de THIBAUT, *Bezits uber Verjähr.*, § 16.

suffisante pour la constitution des servitudes négatives. C'est l'opinion de Francke, de Zimmern et de Vangerow (1), basée surtout sur la L. 3, D. XLIV, 7, qui est ainsi conçue : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* L'obligation est donc distincte non seulement de la propriété, mais encore du *jus in re,* du droit de servitude; et l'obligation *ad dandum* ne constitue pas la servitude. Que faut-il de plus? D'après la L. 1, § 2, D. VIII, 3, le préteur n'accorde une action en revendication qu'à la condition que la quasi-tradition de la servitude ait eu lieu, c'est-à-dire que le concédant en ait autorisé ou souffert l'exercice (*usus et patientia*) car *jure civili,* la servitude ne pouvait se constituer que par l'*in jure cessio,* la servitude rurale par la *mancipatio.* L'*usus* et la *patientia* ne faisaient donc acquérir la servitude que *jure praetorio,* absolument comme on n'acquérait par simple tradition que la propriété prétorienne d'une *res mancipi,* pour laquelle le préteur donnait alors l'action publicienne (L. 1, D. VII, 4). Enfin d'après la L. 20, D. VIII, 1, lorsqu'on achète un droit de passage ou une autre servitude, il faut stipuler que le vendeur n'apportera aucun empêchement à l'exercice du droit, parce que ce droit n'est point par lui-même susceptible de tradition. Mais, ajoute Paul, qui dans cette loi rapporte l'opinion de Labéon, je pense que l'*usus* et la *patientia* doivent être envisagés comme opérant tradition en matière de servitudes.

On conclut de ces textes que la convention seule ne pourrait constituer la servitude affirmative. Remarquons toutefois que dans aucun de ces passages, on ne trouve la trace d'une distinction entre les servitudes affirmatives et négatives. D'ailleurs ce système ne concilie pas non plus les textes sur lesquels il s'appuie, avec ceux où il est dit d'une manière générale, sans distinguer les servitudes affirmatives des servitudes négatives, qu'elles s'acquièrent *pactis et stipulationibus.*

(1) Voyez Francke, *Civil. Abhandl.* (1826), Num. III. — Zimmern, *Archiv. für die civilistische Praxis,* VII, num. XVII.

Un troisième système admet en principe que toutes les servitudes affirmatives ou négatives, qui anciennement ne pouvaient s'acquérir que par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*, s'acquièrent selon le droit nouveau par simple pacte, pourvu que le pacte soit conçu de telle sorte qu'on manifeste l'intention de transférer le droit réel, et non d'établir une obligation.

Telle est l'opinion de Muhlenbruch. Il ajoute, que l'*usus* et la *patientia* ont le même effet que la convention qui par sa forme révèle l'intention de créer la servitude (1). Il cite à l'appui de cette doctrine le § 4 Inst. II, 3 : *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet;* et le § 1 Inst. II, 4 : *Sine testamento vero, si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.* Il est aisé de voir que dans l'opinion de Muhlenbruch les conventions qui manifestent l'intention certaine de créer des servitudes, sont des stipulations qui suivent les *pacta*. Son système revient donc à dire que les servitudes ne s'acquièrent pas par la convention, par le pacte qui règle les conditions ou le mode de la concession, mais qu'il faut un acte concomittant ou postérieur qui révèle l'intention de constituer la servitude, soit que cet acte consiste dans une stipulation, soit qu'il consiste dans l'*usus* et la *patientia*.

90. Ce système est le seul qui concilie les textes dont on s'est prévalu pour soutenir que la servitude ne se constitue que par *quasi traditio* et ceux dont on veut inférer qu'elle peut être constituée par simple pacte. Aussi croyons-nous que c'est le seul qui soit admissible. Muhlenbruch dit qu'en principe les servitudes s'acquièrent par simple convention, mais il ajoute que la convention doit être conçue en termes tels qu'elle ne laisse point de doute sur l'intention de constituer la servitude. Or cette convention sur la constitution du droit réel, est un acte distinct de celui par lequel les parties règlent les conditions de la concession et le mode d'exercer la servitude. Si l'on disait : je vous vends une

(1) *Doctr. Pand.*, § 292, note 16. — Il invoque, outre les deux textes que nous transcrivons, les L. 20, D. VIII, 1; — L. 1, D. VIII, 3; — L. 25, D. VIII, 1.

servitude à tel prix, et si l'offre de vente était acceptée, il n y aurait pas constitution de servitude; pour que celle-ci existât, il faudrait, en outre, que le vendeur consentît à constituer la servitude. On ne peut donc pas dire, qu'en principe, la servitude se constitue comme dans notre droit par le seul effet de la convention; il faut quelque chose de plus, il faut un acte de tradition qui naturellement ne peut pas avoir la même forme que lorsqu'il s'agit de choses corporelles.

Dans une dissertation appuyée de l'autorité de M. de Savigny, M. Schmidtlein, son élève, a pris à tâche de démontrer qu'en principe dans la législation de Justinien toutes les servitudes s'acquièrent par le seul effet des conventions. Il se fonde surtout sur la L. 3, § 14, D. XLIII, 17. Mais de cette loi il résulte seulement que la servitude peut s'établir sans tradition quand elle est constituée par un legs ou par une adjudication, et non pas qu'elle puisse s'établir par le seul effet de la convention. Pour écarter les objections que l'on élève contre son système, l'auteur ajoute que si les servitudes peuvent en principe s'acquérir par la seule convention, la *quasi traditio* dont il est fait si souvent mention dans les textes, n'est cependant pas un fait indifférent; qu'elle donne au concessionnaire le droit de recourir à l'action publicienne, lorsque la servitude lui a été concédée par un non-propriétaire. Mais les textes disent expressément que sans *quasi traditio*, la servitude n'est pas constituée et s'il en est quelques-uns, comme la L. 1, D. VII, 4, que disent que l'action publicienne était attachée à la *quasi traditio*, cela provient de ce que l'action civile en revendication de la servitude ne se donnait que lorsque le droit avait été acquis *civiliter* par *mancipatio* ou par *in jure cessio*. En disant que la quasi-tradition n'est utile que parce qu'elle donne l'action publicienne, Schmidtlein commet à son point de vue une grave erreur; car s'il était vrai que la servitude pût s'acquérir par la convention seule, il serait inexact de dire que la publicienne dépend de la *quasi traditio*. En effet, là où le droit s'acquiert sans tradition, comme en matière de legs, on peut intenter aussi la publicienne sans avoir reçu livraison de la chose (1). Donc si en matière de servitudes la

(1) L. 12, § 1, D. VII, 2; — L. 1, § 2; L. 11, § 2; L. 15, D. *eod.*

publicienne n'est donnée qu'à celui qui a reçu la quasi-tradition, comme le soutient Schmidtlein, on doit conclure de là d'après les textes, que la quasi-tradition est nécessaire aussi pour l'existence de la servitude, ainsi que le prouvent les L. 3, D. XLIV, 7; — L. 20, D. VIII, 1; — L. 1, § 3, D. VIII, 3.

Cependant la quasi-tradition peut aussi, comme nous l'avons dit, consister dans la *patientia* et l'*usus*, aussi bien que dans une concession expresse de la servitude.

91. Nous avons montré que la constitution de la servitude exige la quasi-tradition, mais que celle-ci peut consister dans le simple consentement qui autorise l'exercice de la servitude, dans une stipulation, ou bien aussi dans le consentement tacite, dans l'*usus* et la *patientia;* nous avons établi que cette opinion est la seule qui s'accorde avec les textes; il nous reste à l'appuyer et à l'éclairer par des observations que nous puisons dans l'histoire du droit.

Dans l'ancien droit civil, les servitudes ne pouvaient s'acquérir en général que par l'*in jure cessio;* les servitudes rurales pouvaient, en qualité de *res mancipi,* s'acquérir aussi par la *mancipatio;* mais la servitude, comme chose incorporelle, ne pouvait pas être l'objet de la tradition; et il n'y avait point alors pour les choses incorporelles un mode d'acquérir analogue à la tradition, car ce ne fut que plus tard, avec le progrès de la science des jurisconsultes, que se développa l'idée de la *quasi possessio.* — *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est,* dit Gaius au § 28, Liv. II de ses Inst.; *sed jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero, etiam mancipari possunt. Ususfructus in jure cessionem tantum recipit.*

L'*in jure cessio* et la *mancipatio* ne pouvaient recevoir d'application que sur le sol de l'Italie; par conséquent dans les provinces comme la servitude n'était pas susceptible de tradition, et que l'on n'avait point encore songé à une *quasi traditio,* il fallait ou renoncer à la constitution de la servitude comme droit réel et se contenter d'avoir une créance, un droit personnel contre celui qui consentait le droit de servitude et contre ses héritiers, ou bien il fallait admettre que le droit pût se constituer sur la chose, se

réaliser par le seul effet du contrat. Dans la première hypothèse, les droits de servitude, qui reposent cependant sur des rapports de propriété constants, qu'on ne peut intervertir qu'au grand détriment de la propriété, n'auraient eu qu'une existence précaire, les tiers acquéreurs n'étant pas tenus de les respecter. C'est pourquoi il paraît naturel d'admettre, et Gaius l'affirme d'ailleurs positivement, que sur les *provincialia praedia* les servitudes s'acquéraient *pactis et stipulationibus*. Il dit (II, § 31) : *In provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi aedes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, caeteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidam praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.*

Il est à remarquer que Gaius ne dit pas *pactionibus vel stipulationibus*, mais *pactionibus et stipulationibus*, c'est-à-dire qu'il faut la *pactio* et la *stipulatio*, la *pactio* qui règle les conditions et le mode de la constitution, la *stipulatio* qui assoit définitivement la charge sur la chose. Remarquons en second lieu, qu'en ajoutant : *Quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt*, le jurisconsulte nous présente la stipulation comme l'analogon, comme le supplément de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*.

Ainsi, *in jure cessio, mancipatio* pour l'Italie, *pactiones* et *stipulationes* pour les provinces, tels étaient les modes reçus pour constituer sur les choses des servitudes personnelles ou réelles. Mais bientôt le droit provincial réagit sur celui de Rome; et déjà du temps de Labéon, quand on avait acheté une servitude, comme le vendeur n'avait pas constitué la servitude par le seul effet de la vente, on pouvait se la faire transférer par une stipulation expresse, et du temps de Javolenus on considérait comme un transfert tacite l'*usus* et la *patientia* du vendeur (L. 20, D. VIII, 1). Dès ce moment celui qui avait acheté un droit de servitude et qui l'avait exercé, pouvait en vertu de l'*usus* et de la *patientia* recourir aux actions possessoires, et à l'action publicienne. C'est pourquoi Julien mentionne la tradition à côté de la stipulation comme moyen d'acquérir l'usufruit (L. 25, D. VIII, 1). En un

mot quand l'*ager provincialis* fut assimilé à l'*ager italicus*, ce fut la législation provinciale que devint générale pour le transfert des servitudes, comme pour l'acquisition de la propriété et la prescription de dix et vingt ans. C'est pourquoi il est dit au § 4 Inst. III, 3, que les servitudes s'acquièrent *pactis et stipulationibus*, et que les L. 20 et L. 25, D. VIII, 1, ajoutent qu'elles s'acquièrent aussi par l'*usus* et la *patientia*. La stipulation est une tradition explicite du droit, l'*usus* et la *patientia* sont des traditions tacites.

92. Les servitudes s'acquièrent aussi par testament; mais ici se présente la question de savoir si la délivrance de la part de l'héritier est nécessaire pour constituer le droit réel? Il est certain que dans l'ancien droit la question dépendait de la forme du legs. S'il était fait *per vindicationem*, la servitude était acquise *ipso jure*, indépendamment de la tradition; si la servitude était léguée *per damnationem*, l'héritier devait en faire la délivrance, et le légataire n'avait que l'*actio personalis ex testamento* pour demander cette délivrance qui s'opérait par l'*in jure cessio*, ou par la *mancipatio* pour les servitudes rurales. Avant cette délivrance, le légataire ne pouvait pas, comme dans le legs *per vindicationem*, revendiquer la servitude.

Cette distinction a été conservée; la L. 19, D. VIII, 6, se rapporte à un legs *per vindicationem*, la L. 3, D. VII, 1, et la L. 2, D. VII, 6, à un legs *per damnationem*, et malgré l'assimilation de toutes les formes de legs par la L. 1, C. VI, 43, il faut dire que la distinction subsiste, car cette dernière loi est antérieure au Digeste, et puis, s'il résulte de l'assimilation des legs que toutes les formes sont également bonnes devant la loi, qu'ainsi le legs ne sera pas nul lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui *per vindicationem*, il n'en résulte cependant pas que la loi ait voulu circonscrire la volonté du testateur; au contraire elle a aboli le formalisme des legs pour que cette volonté devînt la loi suprême. Or, lorsque le testateur en léguant une servitude, impose à l'héritier l'obligation de la constituer, il veut par cela même qu'elle ne soit pas établie en vertu du testament, mais seulement par le fait de l'héritier, et cette constitution ne se fera

pas autrement que s'il s'agissait de constituer la servitude en vertu d'une vente ou d'une donation; elle se fera soit par la stipulation, soit par l'*usus* et la *patientia*.

93. Nous avons vu que dans l'acquisition des servitudes l'*in jure cessio* et la *mancipatio* qui anciennement étaient seules usitées, pouvaient être remplacées par le consentement des parties à l'effet de constituer la servitude, et que ce consentement pouvait consister aussi dans l'*usus* et la *patientia*. Avec cette notion d'un transport non solennel du droit, s'est aussi formée celle d'une quasi-possession, d'où l'extension des interdits possessoires à certaines servitudes, et l'introduction des interdits quasi-possessoires pour d'autres, pour les servitudes rurales qui à cause de leur discontinuité n'étaient pas susceptibles de l'application des interdits ordinaires. C'est ce qui résulte de la L. 20, D. VIII, 1, que nous avons déjà souvent citée. Javolenus après y avoir parlé de l'*usus* et de la *patientia*, ajoute immédiatement : *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt* (*Comp.* D. XLIII, Tit. 19, 21 et 23).

En quoi consiste la quasi-possession d'une servitude?

Quand il s'agit de servitudes affirmatives, elle consiste dans l'exercice du droit, tandis que la quasi-possession des servitudes négatives ne peut consister que dans la possession du titre constitutif de la servitude, ou bien, à défaut de ce titre, dans une contestation victorieuse opposée par celui qui prétend avoir la servitude, à celui qui doit la subir (1). C'est ce qu'il nous fallait établir avant de traiter de la prescription.

94. Anciennement les servitudes n'étaient point susceptibles d'être acquises par prescription; l'ancienne *usucapio* ne pouvait s'étendre à elles, puisqu'elles sont incorporelles. Toutefois on ne tarda pas à s'apercevoir que s'il est vrai qu'elles sont incorporelles, il y en a cependant qui supposent comme condition de leur existence un certain état de superficie, que l'on a regardé comme susceptible d'une possession continue. La L. 4, § 29, D. XLI, 3,

(1) L. 6, § 1, D. VIII, 5; — L. 18, D. VIII, 6; — L. 15, D. XXXIX, 1; — Comp. Hoeffner, *Comment.*, § 352.

prouve que postérieurement à la loi des XII Tables, une jurisprudence s'était introduite, admettant l'usucapion des servitudes urbaines. En effet il était aussi légitime d'admettre l'usucapion de ces servitudes que d'admettre celle des *aedes*, quoique la loi des XII Tables ne mentionnât que le *fundus*. La jurisprudence avait étendu l'usucapion aux servitudes urbaines seulement, parce que le motif pour lequel la L. 14, D. VIII, 1, déclare les servitudes non susceptibles de possession, s'applique à toutes les servitudes rurales : *quia tales servitutes sunt*, dit cette loi, *ut non habeant certam continuamque possessionem*. Toutefois la L. 4, § 29, D. XLI, 3, fait mention d'une loi *Scribonia* qui a aboli cette usucapion, soumise probablement aux mêmes règles que l'usucapion des immeubles. On ne connaît pas l'époque à laquelle la loi *Scribonia* appartient; quelques-uns la font remonter à l'an 704.

95. L'acquisition des servitudes par un long usage devait nécessairement résulter de l'admission d'une *quasi-possessio* en matière de servitudes. Il serait difficile de dire quand cette autorité du long usage a prévalu; mais il nous semble que déjà avant la loi *Scribonia*, elle devait avoir passé en jurisprudence, car, si l'on adopte cette opinion, on aura en même temps trouvé le motif de la loi *Scribonia* même. En effet, empêcher qu'on ne pût prescrire les servitudes urbaines par deux années de possession, tandis qu'il fallait un long temps pour acquérir soit les servitudes rurales, soit en général toutes les servitudes de biens situés dans les provinces, et faire rentrer la prescription de toutes les servitudes sous une règle commune, tel eût été le but de cette loi, qui du reste, comme l'atteste la L. 4, § 29, D. VIII, 1, n'avait nullement touché à l'*usucapio libertatis*, c'est-à-dire à l'usucapion qui tendait à dégrever un immeuble, de sorte que depuis la loi *Scribonia*, il fallait la *longi temporis possessio* pour l'acquisition d'une servitude, tandis que le même droit s'éteignait par le *non usus* ou l'*usucapio libertatis* de deux ans.

On ne sait pas au juste quel fut le temps requis dès l'origine pour la nouvelle prescription des servitudes; mais on suppose avec raison que dès le principe tout ce qui concerne ce temps se régla d'après la *longi temporis possessio;* ce qui est certain, c'est

que dans la suite il fallait dix ou vingt ans pour acquérir un droit de servitude (1).

La L. 10, § 1, D. XLI, 3, n'est pas contraire à celles que nous venons de citer, lorsqu'elle dit : *Servitutes per se longo tempore nusquam capi possunt, cum aedificiis possunt;* car ce texte veut dire seulement que les servitudes ne s'acquièrent pas sans bien-fonds. — Thibaut prétend qu'originairement il ne s'appliquait qu'à l'usucapion, et qu'on y lisait *usucapi* au lieu de *longo tempore capi,* que par conséquent dans sa signification primitive, faisant allusion à la loi *Scribonia,* il avait signifié : si la servitude ne peut pas être usucapée, on peut cependant, lorsqu'une servitude existe au profit d'un fonds, l'acquérir avec le fonds même, comme un accessoire, en usucapant le fonds. Cette hypothèse est probable; mais on n'a cependant pas besoin d'y recourir pour montrer que ce texte ne s'oppose pas à l'acquisition des servitudes par prescription.

Quant au temps requis, la prescription des servitudes suit la même règle que la prescription des immeubles; mais les autres conditions intrinsèques sont différentes, car dans la prescription des servitudes, le *justus titulus* n'est pas nécessaire, mais il faut : 1° La quasi-possession avec l'intention d'exercer un droit *nec vi, nec clam, nec precario;* 2° la bonne foi; 3° une durée de 10 ou 20 ans sans que la quasi-possession ait été interrompue. — Examinons chacune de ces conditions.

Il faut la quasi-possession. Or le fait extérieur de la quasi-possession, suppose l'intention d'exercer un droit, l'*animus*. Il ne suffit pas, dit la L. 7, D. XLIII, 19, que je passe sur le fonds du voisin *nec clam, nec vi, nec precario;* si je n'ai pas eu l'intention d'exercer un droit, mais que j'étais prêt à obtempérer à la première défense du propriétaire, je n'aurai pas de quasi-possession. Il ne suffit pas non plus, dit la L. 1, § 6, D. *eod.*, que j'aie passé sur le fonds du voisin, seulement alors et toutes les fois qu'un ruisseau avait débordé sur la voie publique, parce qu'en pareil

(1) L. 10, D. VIII, 5; — L. 1. § 23, D. XXXIX, 3; — L. 5, § 3, D. XLIII, 19; — L. 2, C. III, 34; — L. 12, C. VII, 33.

cas rien n'indique l'intention d'exercer un droit. De telles circonstances entacheraient la possession de précarité; or la quasi-possession doit être exempte de violence, de clandestinité et de précarité. Ces caractères ne peuvent un seul instant être séparés de la possession.

En outre la bonne foi doit accompagner la quasi-possession au moins au commencement. On ne peut pas admettre avec quelques auteurs que la bonne foi ne soit pas spécialement requise, qu'elle soit déjà renfermée dans le *nec vi, nec clam, nec precario possidere,* ce serait une erreur; la L. 1, § 10, D. XLIII, 20, requiert formellement la bonne foi avec les trois autres caractères, elle dit : *Sufficit si jure se ducere putavit : nec vi, nec clam, nec precario duxit.* D'ailleurs on conçoit qu'une possession pourrait manquer de bonne foi, et avoir revêtu les autres caractères légaux. On pourrait par exemple exercer une servitude sur mon fonds *nec vi, nec clam, nec precario,* parce qu'on sait que je me crois erronément obligé de la souffrir. En général on peut admettre que celui qui exerce la servitude *nec vi, nec clam, nec precario,* est de bonne foi; la bonne foi se présume; mais de là il ne faut pas conclure que la bonne foi ne soit pas une condition requise pour la prescription, car si l'adversaire prouve qu'il n'y a pas eu bonne foi, l'usucapion ne saurait être admise. De même qu'une possession pourrait réunir ces trois caractères et être cependant de mauvaise foi, de même elle pourrait être de bonne foi, sans réunir les autres caractères légaux; ainsi elle pourrait être de bonne foi, mais violente.

D'autres auteurs ont voulu ajouter aux conditions énumérées. Ils ont voulu faire du juste titre une condition essentielle de la prescription, ou tout au moins ils ont requis pour la prescription la *scientia domini.* Aucune de ces opinions ne saurait être admise. Quant au titre, cette condition est déclarée non nécessaire par une loi formelle (L. 10, D. VIII, 5), et c'est vainement qu'on en appelle aux L. 12, C. VII, 33, et L. 2, C. VII. 34, pour prouver la nécessité du titre, en disant que celles-ci ont assimilé la prescription de la servitude à celle de la propriété. Il n'y a assimilation qu'en ce qui concerne le temps; le juste titre peut exis-

ter, mais il n'est pas nécessaire. Il suit de là que je puis acquérir une servitude par prescription, soit que je croie, par exemple, qu'une servitude est attachée à un fonds par moi acquis, et que je l'exerce *nec vi, nec clam, nec precario,* soit que j'aie un titre pour la servitude même, l'ayant par exemple achetée de celui que je croyais propriétaire du fonds assujetti.

Le droit français, qui n'admet la prescription que pour les servitudes continues et apparentes, reconnaît une prescription de ces servitudes sans titre, et une avec titre; mais les auteurs distinguent avec raison ces deux prescriptions : la première seule est trentenaire, tandis que la seconde n'est que de dix ou vingt ans, car la servitude est immeuble par l'objet auquel elle s'applique, et dès lors elle est régie par l'art. 2265 sur la prescription de la propriété des immeubles, dont la servitude n'est d'ailleurs qu'un démembrement (Troplong, *Prescr.*, n° 856).

Des auteurs ont prétendu, avec quelque apparence de fondement, que la *scientia domini* était requise pour que l'on pût acquérir une servitude par prescription (Glück, IX, 140). Mais cette opinion, à l'appui de laquelle on invoque la L. 2, C. III, 34, ne saurait être admise. Cette loi exceptée, aucun des nombreux textes où les jurisconsultes s'occupent des conditions de la prescription, ne mentionne la *scientia domini,* ainsi qu'on peut le voir aux passages déjà cités, et surtout aux L. 10, D. VIII, 5, et L. 1, § 23, D. XLIX, 12, où Ulpien a pris à tâche d'indiquer exactement les conditions de la prescription. On ne saurait conclure de la L. 2, C. III, 34, que la *scientia domini* est requise, car cette loi est un rescrit, où les mots *eo sciente* sont reproduits énonciativement, c'est-à-dire tels qu'ils s'étaient trouvés dans l'exposé du point de fait soumis à l'empereur. La réponse est : si vous avez conduit de l'eau à travers le fonds de Martianus à son escient, vous aurez acquis la servitude à l'exemple des choses immobilières : que si avant ce temps (requis pour les immeubles) défense vous a été faite, vous ne pourrez triompher dans votre demande. On voit par là que dans l'espèce du rescrit, il était établi que le propriétaire avait connaissance de l'exercice de la servitude. Cette circonstance était pertinente, puisqu'elle devait dispenser celui qui invoquait la

prescription, de toute preuve ultérieure de la publicité de sa possession (L. 6, D. XLI, 2); c'est précisément là ce qu'indique le décret en disant : si le *dominus* a connaissance du fait, tout dépend de la question de savoir si votre possession est paisible ou non. La L. 2, C. III, 34, n'ajoute donc rien aux autres textes, les mots *eo sciente* ne s'y trouvant que pour montrer que la possession n'a pas été clandestine.

96. Les auteurs s'accordent généralement à dire que les caractères de la possession doivent être prouvés par celui qui s'en prévaut; toutefois cette opinion a trouvé un contradicteur dans Vangerow. L'opinion commune est fondée sur la L. 10, D. VIII, 5, qui en termes formels impose la preuve à celui qui invoque la prescription : *Ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario* (*possedisse*). L'objection consiste à dire que les caractères de la quasi-possession étant formulés négativement, l'on ne saurait admettre en thèse générale que le quasi-possesseur doive fournir cette preuve. Lorsqu'on compare ces deux opinions, on trouve qu'au fond elles ne sont pas inconciliables.

Celui qui se prévaut de la prescription, doit prouver des actes de possession; or il est évident qu'il prouvera vainement des actes possessoires qui seraient entachés de violence, ou clandestins, ou précaires. En ce sens il reste vrai de dire qu'il doit prouver les caractères légaux de cette possession. Cela fait, si l'adversaire prétend que les actes articulés n'ont pas le caractère que leur attribue celui qui se prévaut de la prescription, c'est à l'adversaire à prouver que la possession est vicieuse. Ainsi celui qui invoque sa possession, peut avoir posé des actes de possession publics, et cependant il pourrait avoir pris des précautions pour que les mêmes actes demeurassent inconnus à l'adversaire. Dans ce cas ce serait à ce dernier à prouver la clandestinité (L. 3, § 7, D. XLIII). Il en résulte que quand il s'agit de prouver la quasi-possession et ses caractères, on ne s'écarte pas de la règle que celui qui avance un fait doit en fournir la preuve.

97. Il faut pour que la prescription soit acquise, que la possession ait duré dix ans entre présents, vingt ans entre absents;

il importe peu qu'on ait possédé par soi-même ou par autrui. L'usufruitier, dit la L. 12, § 2, D. VII, 4, peut vendre, louer l'exercice de son droit; il ne continuera pas moins sa *juris possessio,* sans être exposé à perdre son droit par le non-usage. L'usufruit pourrait même être loué au nu-propriétaire sans que l'usufruitier cessât de posséder son droit.

On peut aussi, pour parfaire le temps requis pour la prescription, joindre sa possession à celle de son auteur, pourvu que la possession de l'auteur n'ait été ni clandestine, ni violente, ni précaire (L. 2, § 7; L. 3, § 2, D. XLIII, 19).

Pour ce qui est de l'interruption de la quasi-possession, il est impossible de la définir d'une manière spéciale, dit Muhlenbruch, en citant, quant aux servitudes urbaines, les L. 6 et L. 20, D. VIII, 2, d'où il résulte que la quasi-possession de ces servitudes ne s'interrompt que par la disparition de l'état de superficie dans lequel elle consiste, et, quant aux servitudes rurales, la L. 4, § 27, D. XLI, 3, qui dispose qu'un simple empêchement, une défense de passer par un chemin n'interrompt pas le droit de passage, parce qu'effectivement cette défense ne créant pas l'impossibilité de passer, ne constitue pas encore une dépossession proprement dite. Mais Muhlenbruch se trompe ici. Quand un droit de servitude existe, quand la quasi-possession est appuyée sur le droit, et qu'il s'agit d'examiner à quelles conditions l'interruption de la possession conduit à l'extinction du droit par prescription, ces textes sont applicables. Mais ici il s'agit de la quasi-possession séparée du droit, et qui doit conduire au droit; et cette quasi-possession s'interrompt nécessairement dès qu'une seule des conditions mentionnées plus haut, vient à faire défaut. Ainsi, loin de pouvoir dire avec la L. 4, § 27, D. XLI, 3, que la prohibition du maître n'interrompt pas la possession d'un chemin, nous devons admettre que cette prohibition constitue l'interruption. En effet, d'après la L. 20, §§ 1 et 5, D. XLIII, 24, la prohibition quelle qu'elle soit, ne consistât-elle qu'en paroles, entache la possession de violence. Donc à dater de cette prohibition, il faudrait un nouveau terme de dix ou vingt ans pour que le possesseur de bonne foi dans le principe pût acquérir le droit par prescription, car tel

est la suite de toute interruption de la possession, que tous ses effets antérieurs à l'interruption, sont détruits.

On ne saurait appliquer davantage à l'interruption dont il s'agit ici, la L. 6, D. VIII, 2, qui en matière de servitudes urbaines et au sujet de la servitude *tigni immittendi* requiert, outre la disparition de l'état de superficie, une *usucapio libertatis*. Il suffira que les poutres disparaissent pour que la quasi-possession qui doit conduire à l'acquisition du droit et qui consiste dans l'*immissio tigni*, soit interrompue, tandis qu'il faudrait la fermeture de la trouée où reposait la poutre pour que la prescription extinctive du droit commençât, dans la supposition que le *jus immittendi* eût déjà existé.

98. La prescription des servitudes par dix ou vingt ans, ne peut pas s'appliquer aux biens qui ne sont pas soumis à cette prescription. Ainsi je ne puis acquérir par dix ou vingt ans une servitude sur un immeuble dont l'aliénation est défendue par la loi, par exemple sur un fonds dotal, sur le fonds d'un impubère sans décret du magistrat, sur les biens du fisc, des communautés. Mais la prescription extraordinaire de trente ou quarante ans pourrait-elle faire acquérir la servitude sur un pareil bien, de même qu'elle pourrait faire acquérir le bien même? Oui, car la protection que la loi accorde à certaines personnes, en prolongeant en leur faveur le temps de la prescription, ne peut pas être plus grande quand il s'agit de la servitude que quand il s'agit de la propriété même.

Toutefois la prescription de trente ans a encore un autre motif; elle doit suppléer à l'absence du juste titre qui est présumé avoir été perdu lorsqu'on a possédé si longtemps; elle peut être invoquée par tout possesseur qui n'est pas de mauvaise foi (L. 8, C. VII, 39). Cette prescription introduite pour la propriété pourrait-elle s'étendre généralement aux servitudes en ce sens que le quasi-possesseur fût dispensé de prouver le caractère paisible ou public de sa possession? L'affirmative a été admise par la pratique allemande, sans qu'on ait pu s'accorder sur les conditions de cette prescription. Mais nous ne pouvons nous ranger de cet avis; nulle part Justinien n'a établi la prescription de trente ou quarante ans

pour les servitudes, et s'il l'a introduite pour la propriété, ce fut pour que le long temps remplaçât le défaut du *justus titulus*, défaut qui n'est pas un obstacle à la prescription de dix ou vingt ans lorsqu'il s'agit d'une servitude. Ici le titre est remplacé par les caractères légaux de la possession; il n'y a donc pas d'analogie entre la prescription des servitudes, et celle de la propriété. Mais il est certain que les servitudes peuvent s'acquérir par la prescription immémoriale (L. 23, D. XXXIX, 3).

99. Il n'y a dans les sources du droit romain qu'un seul texte où il soit parlé de la prescription de l'usufruit, c'est la L. 12, C. VII, 33, où Justinien, après avoir déterminé quand une personne est réputée absente, pour régler d'après cela le temps de la prescription, ajoute : *Eadem observando, et si res non soli sint, sed incorporales quae in jure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes.* Zimmern se fondant sur ce que l'usufruit ne s'acquérait pas par l'usucapion (L. 44, § 5, D. XLI, 3), prétend que la L. 12 doit être censée se rapporter seulement à la prescription extinctive, et conclut de là qu'on ne saurait prétendre que d'après le droit romain, l'usufruit s'acquière pas prescription. Mais cette loi est générale, il y est question de la *longi temporis possessio,* qui certainement est une prescription acquisitive, par conséquent rien ne nous autorise à restreindre ce texte à la prescription extinctive; d'ailleurs l'usufruit est dans ce texte même assimilé aux *caeterae servitutes.*

Quant à la L. 44, § 1, D. XLI, 3, elle prouve seulement que l'usufruit ne pouvait être usucapé, mais les servitudes rurales ne pouvaient l'être davantage, et d'après la loi *Scribonia* aucune servitude ne pouvait s'usucaper; mais de là on ne peut nullement conclure qu'elles ne pouvaient être prescrites. Nous avons au contraire montré que si l'abolition de l'usucapion des servitudes urbaines par la loi *Scribonia* a un motif, ce motif ne peut être autre que l'introduction de la *longi temporis prescriptio,* généralement admise quand il s'agissait de servitudes. Quelques jurisconsultes cependant, entre autres Cœpola (*Tract. de Serv.*, I, c. 20) et Hoffman (p. 157), ont enseigné que l'usufruit, étant une partie de la propriété et exigeant la détention de toute la chose, ainsi

que cela a lieu quand il s'agit de la prescription de la propriété, doit suivre aussi les règles de cette prescription, et exige un juste titre, sans que le défaut du titre puisse être suppléé par le *nec vi, nec clam, nec precario possidere.* Mais une telle restriction ne se trouve pas dans les textes. Il est vrai que dans la plupart des cas on prescrira l'usufruit parce qu'on a un titre, parce qu'on l'a acquis du non-propriétaire, mais il suffirait qu'on eût joui d'un bien *nec vi, nec clam, nec precario,* parce qu'on s'est cru usufruitier, avec l'intention d'exercer ce droit, pour que l'usufruit fût acquis aussi sans titre. Cette dernière hypothèse se présentera rarement sans doute, mais elle peut se présenter. En un mot, la L. 12, C. VII. 33, ne distingue pas, donc nous devons admettre que l'usufruit est soumis à cette prescription.

En droit moderne il en est autrement. Nous n'avons aucun texte explicite sur l'acquisition de l'usufruit par prescription; or, comme le Code n'admet la prescription que pour les servitudes continues et apparentes, et comme l'usufruit est discontinu, on doit lui appliquer l'art. 2265, et dire que l'usufruit d'un immeuble s'acquiert par prescription, de même qu'on acquiert par prescription la propriété d'un immeuble. Cette prescription se fonde sur l'art. 526, qui énumère l'usufruit parmi les biens immobiliers, et sur l'article 2118, qui déclare l'usufruit susceptible d'hypothèque, comme la propriété même. Donc on est fondé à prétendre que l'usufruit ne s'acquiert par prescription que lorsque la possession est appuyée sur un juste titre.

100. La servitude étant un élément de la propriété et devant avoir une *causa perpetua,* il s'ensuit que celui qui est propriétaire d'un fonds peut, selon le droit civil, grever ce fonds d'une servitude; toutefois telle propriété, telle servitude. Celui donc qui n'aura qu'un droit résoluble, ne pourra concéder qu'une servitude résoluble : *Nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet.* Un fonds est légué sous condition; tant que la condition est en suspens, l'héritier demeure propriétaire du fonds, mais sa propriété est incertaine, susceptible d'être résolue par l'arrivée de la condition; si donc, dans l'intervalle, dit la L. 11, D. VIII, 6, l'héritier a fait des concessions de servitudes, ces concessions seront éteintes dès que la condition sera arrivée.

Bien qu'en général le droit de concéder une servitude ne soit reconnu qu'au propriétaire, le préteur cependant a concédé à celui qui tenait une concession de servitude d'un emphytéote, d'un superficiaire, les interdits et les actions utiles qui naissent de la constitution d'une servitude (L. 1, § 9, D. XLIII, 18). La concession faite par l'emphytéote, par le superficiaire, en vertu du droit prétorien, a donc le caractère d'un droit réel ayant la même durée que l'emphytéose et la superficie. Mais il n'en serait pas de même de la concession que ferait l'usufruitier; elle n'établirait qu'un droit personnel, non muni des actions et interdits qui naissent des servitudes, qu'une obligation entre l'usufruitier et le concessionnaire, et encore faut-il remarquer que l'usufruitier ne peut transformer la substance de la chose, et que le nu-propriétaire pourra s'opposer à toute concession qui en changerait la destination.

101. S'agit-il de la faculté d'acquérir une servitude, il faut distinguer les servitudes personnelles des servitudes réelles; car quiconque est capable d'acquérir un droit, peut par cela même acquérir une servitude personnelle, tandis que la servitude réelle ne peut s'acquérir que par celui qui a un bien-fonds, quoique cependant elle puisse être acquise en vue d'une chose future, par exemple d'une maison qu'on bâtira, d'une eau dont on découvrira la source (1).

La servitude pourrait être promise aussi en vue d'un fonds que le stipulant acquerra, ou à la charge d'un fonds que le promettant acquerra; mais elle ne saurait être constituée ni acquise avant l'acquisition du fonds. Il faut donc être propriétaire d'un fonds pour acquérir une servitude réelle. Toutefois les servitudes acquises par un emphytéote, par un superficiaire, seraient maintenues *jure praetorio* (L. 1, § 9, D. XLIII, 18). L'usufruitier ne saurait acquérir une servitude au fonds; la stipulation qu'il ferait, n'aurait d'effet que pour sa vie, pour la durée de l'usufruit. Il ne peut stipuler, ni par conséquent acquérir pour le propriétaire. Mais celui qui a une propriété résoluble peut irrévocablement acquérir

(1) L. 23, § 1, D. VIII, 2; — L. 10, D. VIII, 3; — L. 21, D. VIII, 5.

une servitude au fonds; ainsi lorsqu'un fonds est légué sous condition, l'héritier peut avant l'arrivée de la condition acquérir une servitude qui demeurera irrévocablement acquise au fonds, à la différence de la servitude qu'en pareil cas il aurait imposée au fonds, servitude qui s'éteindrait si la condition du legs arrivait (L. 11, § 1, D. VIII, 6).

Enfin, comme la servitude est indivisible et ne s'acquiert pas pour une partie indivise, que d'un autre côté on ne peut acquérir pour un tiers, il s'ensuit que si une concession était faite à un seul copropriétaire, il n'acquerrait rien. Tous les copropriétaires doivent donc obtenir la concession pour qu'elle soit valable. Toutefois il fut admis en jurisprudence pour les servitudes qui s'acquièrent entre vifs, qu'il n'était pas nécessaire que l'acquisition se fît *uno actu;* l'acquisition de l'un pouvait être suivie du consentement de l'autre, et lorsque le dernier cointéressé avait consenti, la servitude était acquise dès ce moment (L. 18, D. VIII, 4); et il en était de même lorsqu'un seul des copropriétaires avait fait une concession de servitude.

102. Nous avons vu que pour établir la quasi-possession d'une servitude négative, il fallait ou bien un titre, ou bien une contradiction victorieuse opposée au propriétaire qui a voulu exercer son droit de propriété. A ce sujet la L. 6, § 1, D. VIII, 5, pourrait faire difficulté; cette loi est ainsi conçue : *Sciendum tamen in his servitutibus* (il s'agit des servitudes négatives) *possessorem esse eum juris et petitorem; et, si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est.* De cette loi on pourrait conclure qu'il suffirait que le propriétaire d'un fonds n'eût pas exercé son droit de propriété, par exemple d'exhausser ses constructions, pour que le voisin pût prétendre être en possession de la servitude *non altius tollendi*. Cependant il faut se mettre en garde contre une telle conclusion, car la L. 6 ne se rapporte pas aux faits qui font acquérir la quasi-possession d'une servitude négative; elle raisonne dans l'hypothèse de la loi précédente, où une servitude est constituée; c'est en prenant pour point de départ l'existence de la servitude *non altius tollendi,* que le jurisconsulte fait remarquer d'abord que dans les actions *confes-*

soria et *negatoria,* les qualités de demandeur et de possesseur ne sont pas nécessairement opposées, mais peuvent se confondre, ainsi que cela arrive encore dans les actions pétitoires qui ont pour objet un *status personalis*. En effet, ajoute la L. 6, tant que je n'ai pas bâti plus haut, le voisin (qui a acquis le *jus non altius tollendi*) possède, et cependant il pourra s'opposer à toute entreprise de ma part, non seulement par l'action confessoire, mais par l'interdit *quod vi aut clam,* ainsi que par l'*operis novi nunciatio*. Mais si j'achève ma construction sans que le voisin s'y soit opposé, je serai devenu possesseur, et alors le voisin sera demandeur, sans être possesseur en même temps. On voit donc par l'ensemble de ce texte, comparé avec la loi précédente, 1° que la servitude *non altius tollendi* est supposée exister, 2° que par conséquent il est question à la L. 6 de la conservation et de la perte de la quasi-possession, et nullement de la manière dont elle s'établit.

DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES.

Sommaire.

103. De la confusion et de la consolidation. — Quand la servitude éteinte par confusion commence-t-elle à revivre si la confusion vient à cesser? — Deux règles à suivre.

104. Application de la première règle.

105. Application de la seconde.

106. Y a-t-il extinction de la servitude lorsque le fonds grevé et le fonds dominant ne sont réunis dans la même main que pour une portion ?

107. L'usufruit s'éteint-il par parties?

108. L'usufruit n'embrassant pas la substance de la chose, s'éteint par tout fait qui change la forme de celle-ci ou son espèce.

109. Cas dans lesquels l'usufruit commence à revivre après la disparition de la forme qui l'avait éteint.

110. L'usufruit n'est pas éteint lorsqu'une partie seulement de la chose est détruite ou transformée.

111. Lorsque l'usufruit est éteint par le fait d'un tiers ou du nu-propriétaire, quelles actions appartiennent à l'usufruitier?

112. Les servitudes réelles s'éteignent-elles *rei interitu?* — Distinguer les servitudes urbaines des servitudes rurales.

113. Suite.

114. Extinction des servitudes par l'arrivée du terme, de la condition, et en vertu du principe : *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

115. Questions relatives au terme en matière d'usufruit.

116. De la condition résolutoire apposée à l'établissement de la servitude. — Règle et exceptions.

117. De la remise de la servitude, qui ne doit pas être confondue avec l'abandon. — Elle est expresse ou tacite.

118. Les servitudes s'éteignent par prescription. — Pourquoi les servitudes rurales et personnelles s'éteignent-elles par le simple *non-usus,* tandis que pour les servitudes urbaines il faut en outre l'*usucapio libertatis?*

119. Quand y a-t-il *non usus?*

120. Quand l'exercice de la servitude diffère des règles que trace le titre, conduit-il à l'extinction du droit? — Distinctions.

121. Quel sera l'effet du *non-usus*, si de deux servitudes, dont l'une est renfermée dans l'autre, l'une seulement est exercée, et l'autre ne l'est pas.

122. Des faits qui empêchent qu'il n'y ait *non-usus*.

123. De l'*usucapio libertatis*.

124. Il faut la possession de liberté continue de la chose, et il faut que le commencement de cette possession ait été accompagnée de bonne foi.

125. Du temps requis pour l'extinction de la servitude tant par *non-usus* que par *usucapio libertatis*.

126. Le *non-usus* commence à partir du dernier acte d'exercice, l'*usucapio libertatis*, à partir du dernier acte d'usucapion ou de violation du droit de servitude par le propriétaire du fonds assujetti.

127. Le temps de la prescription doit être continu. — Comment s'interrompt le *non-usus*, comment l'*usucapio libertatis?*

128. Des servitudes qui à raison de la nature de la chose ou de leur propre nature ne se prescrivent pas par dix ou vingt ans.

129. Explication des L. 16, C. III, 33, et L. 13, C. III, 34.

130. Les servitudes personnelles s'éteignent par la mort naturelle. — De l'usufruit légué à une personne et à ses héritiers.

131. Du legs de la nue-propriété *detracto usufructu*.

132. De la mort civile.

133. De l'abus de jouissance.

---

103. Parmi les causes d'extinction des servitudes, se place en premier lieu la confusion, c'est-à-dire tout fait qui vient réunir dans la même personne la propriété du fonds grevé et du fonds dominant, peu importe que la personne dans laquelle s'opère cette réunion, soit un tiers, ou le propriétaire de l'un des fonds. Si dans la personne d'un usufruitier la nue-propriété vient se réunir à l'usufruit, la confusion prend le nom de *consolidatio* (L. 27, D. VIII, 3). La confusion entraîne l'extinction de la servitude en vertu de la règle : *Nemini res sua servire potest.*

Mais la confusion peut venir à cesser, et l'un des fonds réunis dans la même personne, peut être séparé de rechef, et retourner à l'ancien propriétaire, ou bien la nue-propriété réunie à l'usufruit peut en être séparée de nouveau; de là la question de savoir si la confusion venant à cesser, la servitude par cela seul commence à revivre. Glück distingue si la confusion a été amenée par l'acqui-

sition d'une propriété perpétuelle ou d'une propriété temporaire, distinction exacte au fond, car la confusion est temporaire si la propriété l'a été. Mais quand l'acquisition est-elle temporaire, quand perpétuelle? C'est ce que Glück ne décide pas, et que nous résoudrons par l'application des deux règles suivantes :

a. La propriété est censée acquise temporairement, et la confusion n'aura que des effets temporaires, lorsque la cause qui fait cesser la réunion des deux propriétés ou de l'usufruit et de la propriété dans la même main, est ou renfermée dans l'acte même de la réunion, ou antérieure à cet acte.

b. La propriété est censée acquise perpétuellement, et la confusion aura des effets définitifs, lorsque la séparation des deux droits qui avaient été réunis a une cause particulière et étrangère à l'acte qui avait opéré la réunion.

104. Analysons d'abord les textes de droit romain où nous trouvons l'application de la première règle.

Lorsqu'en vertu d'un legs, le légataire est devenu propriétaire d'une chose sur laquelle il avait un droit de servitude personnelle ou réelle, mais que le testament a été rescindé par la *querela inofficiosi testamenti* et que l'objet légué doit être restitué à l'héritier légitimaire, la servitude revivra, la confusion sera censée n'avoir pas existé (L. 57, D. VII, 1; — L. 35, D. XXXVIII, 2).

En général la rescision d'un acte fait toujours revivre les servitudes qu'il avait éteintes par confusion, car soit qu'elle ait lieu pour dol, pour violence ou pour lésion d'outre moitié, elle a toujours sa cause dans l'acte même qui a opéré la confusion. D'ailleurs l'équité exige que la rescision en général soit subordonnée à cette règle que les choses soient rétablies dans l'état où elles se trouvaient avant l'acte rescindé.

Il en est absolument de même de la condition résolutoire; l'acte qui avait opéré la confusion et qui est résolu, est censé n'avoir pas existé; donc les droits éteints par cet acte revivront. Par suite de la constitution d'un immeuble en dot, la servitude dont cet immeuble jouissait sur un fonds appartenant au mari, s'éteint (L. 7, § 1, D. XXIII, 5). Mais comme la constitution de dot implique condition de retour, la servitude revivra lorsqu'à la

dissolution du mariage l'immeuble dotal sera restitué. Enfin lorsque le testateur lègue un fonds dont la propriété passe à l'héritier avant d'arriver au légataire, et qu'en vertu de l'acquisition faite par l'héritier, la confusion éteint une servitude qui a existé à charge du fonds propre à l'héritier et au profit du fonds légué, cette servitude revivra lorsqu'ensuite le légataire acquiert le fonds légué, parce que, si la confusion a sa cause dans la volonté du défunt, c'est aussi cette même volonté qui l'a fait cesser, en subordonnant cette cessation à l'événement d'une condition. Il en est de même du fiduciaire; à la restitution de l'hérédité les droits éteints se rétablissent.

La confusion est censée ne pas avoir eu lieu, et les droits éteints par elle, revivront, si la cause qui fait cesser la confusion, est antérieure à la confusion même. Ainsi, supposé qu'un immeuble soit grevé d'hypothèque, que le créancier hypothécaire ait le droit de vendre cet immeuble si le débiteur ne le satisfait point et laisse écouler tous les délais utiles, supposé que cet immeuble ait été vendu par le débiteur à un tiers jouissant d'un droit de servitude sur l'immeuble acquis, droit qui par conséquent s'est éteint par confusion, et qu'ensuite le créancier hypothécaire vienne exercer son droit de vente entre les mains du tiers acquéreur qui est évincé, je dis que le droit de servitude commencera à revivre parce que le tiers n'avait acquis qu'un droit résoluble, la cause qui fait cesser la confusion, étant antérieure à la cause de la confusion même.

Suivant Voet (Liv. 7, t. 4, n° 2), suivant Mornac, Dumoulin et les meilleurs auteurs il devrait en être de même au cas de la L. 17, D. VII, 4; là aussi le droit éteint par la confusion devrait revivre au moment où la confusion vient à cesser. Mais la L. 17, à cause d'une interprétation trop subtile de la volonté du testateur, en décide autrement. Voici le cas que cette loi prévoit : je lègue l'usufruit d'un fonds purement et simplement, et la nue-propriété à Titius sous condition; tandis que la condition est en suspens, l'héritier qui reste propriétaire, vend la nue-propriété au légataire de l'usufruit; cet usufruit s'éteint donc par consolidation; ensuite la condition du legs de la nue-propriété fait à Titius,

arrive : quels sont les droits de Titius? Si l'usufruit commence à revivre, le légataire Titius ne pourra réclamer que la nue-propriété; s'il demeure éteint, Titius pourra revendiquer tout le fonds, et la nue-propriété et l'usufruit; or, c'est dans ce dernier sens que la question est décidée à la L. 17, qui déclare l'usufruit irrévocablement éteint par confusion : *Dum enim proprietatem acquiris, jus omne legati ususfructus amisisti.* Ceux qui défendent la décision de cette loi, disent que celui qui est légataire de la nue-propriété acquiert en vertu de la volonté du testateur, et la nue-propriété et l'usufruit, dès l'instant que l'usufruit est éteint. Or, l'extinction ayant eu lieu, il serait contraire à la volonté du défunt que le légataire n'en profitât point, que sa propriété ne fût point consolidée. On ajoute que si le légataire de l'usufruit en souffre préjudice, c'est contre son vendeur qu'il aura son recours, suivant le prescrit des L. 16 et 17, D. XVIII, 1, si ce vendeur lui a laissé ignorer le legs conditionnel; si au contraire, en achetant la nue-propriété de l'héritier, le légataire de l'usufruit a eu connaissance des droits éventuels du légataire de cette nue-propriété, il doit s'en prendre à lui-même; mais dans aucun cas le légataire de la nue-propriété ne doit en souffrir; or il en souffrirait si le legs ne devait pas avoir tous les effets, s'il ne pouvait recueillir la nue-propriété et l'usufruit, dès que l'usufruit est éteint (Schilteri, *Prax. jur. rom.*, XVII, § 60).

En équité tous ces raisonnements nous paraissent spécieux et inadmissibles. Pourquoi le légataire de l'usufruit ne saurait-il conditionnellement acquérir la nue-propriété sans compromettre son droit d'usufruit? De quel droit le légataire de la nue-propriété revendique-t-il l'usufruit, parce que l'usufruitier a acheté la nue-propriété conditionnellement? s'ensuit-il qu'il ait entendu renoncer à son droit d'usufruit? Il est vrai que par cela qu'il achète, il y a confusion, mais cette acquisition n'est que conditionnelle; au fond il paraît bien plus équitable d'appliquer le principe que nous avons exposé, et de dire que le droit d'usufruit doit revivre parce que la cause qui ôte la nue-propriété que l'usufruit a acquise de l'héritier, est antérieure à cette acquisition et par conséquent à la confusion même. Cette solution paraît aussi plus conforme à l'in-

tention du testateur, qui en léguant l'usufruit veut sans doute avant tout que l'usufruitier, à moins qu'il ne renonce à son droit, en reste saisi jusqu'à sa mort. Ce n'est donc que par un raisonnement trop subtil qu'on a essayé de fonder dans l'hypothèse de la L. 17 l'extinction définitive du droit sur la prétendue volonté du testateur de faire acquérir au légataire de la nue-propreté l'usufruit dès l'instant où il est éteint dans la personne de l'usufruitier. La décision de la L. 17 écartée, comme elle doit l'être en vertu des explications que nous venons de donner et des autorités que nous avons citées, il reste vrai que les droits éteints par la confusion revivront, lorsque la cause qui fait disparaître la confusion est antérieure à l'acte qui l'a produite, ou lorsque cette cause est renfermée dans l'acte même.

105. Mais lorsque cette cause réside dans un acte postérieur à la confusion, alors la cessation de la confusion ne fait nullement revivre les droits que celle-ci avait atteints; ces droits ne pourraient revivre qu'en vertu d'une clause spéciale. C'est ce qui résulte des L. 30, D. VIII, 2, et L. 7, D. XXIII, 5, lois qui fournissent une nouvelle preuve que le droit romain n'a pas admis l'établissement tacite de la servitude par destination de père de famille. Si, dit la L. 30, j'ai acheté une maison grevée de servitude au profit d'une autre maison qui m'appartenait déjà, la servitude aura été éteinte par confusion; si ensuite je revends la même maison, cette aliénation ne fera pas revivre la servitude, mais elle devra être imposée de nouveau, *nominatim*, sans quoi la maison sera acquise franche et libre de toute servitude. Il en eût été autrement si la maison, en vertu d'une cause de révision ou d'une condition résolutoire, fût retournée à son ancien propriétaire; en ce cas la cause de la cessation de la confusion ayant existé dans l'acte même qui l'avait amenée, la confusion n'aurait été que temporaire ou conditionnelle, et dès qu'elle aurait cessé, les droits éteints auraient commencé à revivre.

Mais la L. 9, D. VIII, n'est-elle pas contraire à la règle qui nous occupe? n'est-elle pas contraire à la L. 30, D. VIII, 2? Je suis devenu héritier du propriétaire d'un fonds grevé de servitude au profit du mien. Ma servitude est éteinte par confusion, et si

je vous vends l'hérédité, la servitude devrait rester éteinte, attendu que la cause qui fait cesser la confusion n'est nullement renfermée dans l'acte qui a opéré la confusion, mais est postérieure à cet acte et en est indépendante; et cependant la L. 9 déclare que la servitude revivra. Toutefois il n'y a rien de contradictoire entre cette loi et notre seconde règle, entre cette loi et la L. 30, D. VIII, 2. Car si la L. 9, D. VIII, 4, déclare que la servitude revivra, c'est que lorsqu'on vend une succession, les parties conviennent que tout doit se régler entre elles comme si le vendeur n'eût jamais été et que l'acheteur eût toujours été héritier, *quia id agitur ut tu heres videaris exstitisse*. Ce motif que nous trouvons dans la loi, prouve donc que dans l'opinion du jurisconsulte, la servitude ne devait pas revivre par cela seul que la confusion venait à cesser, car la cause qui a fait cesser la confusion est postérieure à celle-ci, en est indépendante; il indique clairement que la servitude s'est rétablie par la cessation de la confusion, en vertu d'une clause spéciale d'après laquelle tout doit se régler entre parties comme si le vendeur n'avait jamais été héritier.

106. Lorsque la confusion n'a lieu que pour une portion du fonds dominant ou du fonds assujetti, il faut distinguer si cette portion est une *certa pars fundi*, c'est-à-dire une portion géométrique distincte, ou bien une portion indivise. Si elle est une portion divise, la servitude sera éteinte sur cette partie divise; ce n'est pas là une extinction partielle de la servitude, mais c'est l'extinction de toute la servitude sur une partie du fonds (L. 7, D. VIII, 5). Si au contraire le propriétaire du fonds dominant acquérait une portion indivise du fonds asservi, la servitude demeurerait pour le tout, ne pouvant s'éteindre partiellement (1).

107. Comme l'usufruit est un droit divisible, il peut s'éteindre même pour une portion indivise. Ainsi l'usufruit est éteint pour une moitié lorsque l'usufruitier acquiert une moitié de la propriété, le nu-propriétaire une moitié de l'usufruit. Toutefois il faut remar-

(1) V. L. 30, § 1, D. VIII, 2; — L. 27 *in fine*, D. VIII, 5. — Voyez plus haut les nos 26 à 29.

quer que le droit d'accroissement empêche la confusion partielle entre les colégataires d'un usufruit appelés sans distinction de parts. Quand il y a lieu à accroissement, l'usufruit ne s'éteint pas partiellement, il ne s'éteint que pour le tout dans la personne du dernier légataire.

108. Les servitudes s'éteignent, dit Muhlenbruch, par la perte de la chose assujettie ou de celle à qui la servitude est due : *Rei et servientis et ejus cui servitus debetur interitu.* Cette règle est loin de s'appliquer aux servitudes réelles comme aux servitudes personnelles; nous l'examinerons d'abord dans son application à ces dernières.

Les servitudes personnelles s'éteignent non seulement par la perte de la chose (L. 2, D. VII, 1), mais par tout événement qui en change la forme ou l'espèce. Le droit d'usufruit, qui est essentiellement temporaire et qui permet seulement de jouir selon une destination donnée, n'embrasse pas la substance; il ne saurait donc survivre à l'extinction de l'espèce ou de la forme, ni s'étendre à une forme nouvelle que revêterait la substance après la destruction de la forme première. Ainsi, lorsqu'une maison est léguée et qu'elle tombe en ruine, l'usufruit en est éteint, et la maison fût-elle reconstruite, le fût-elle avec les mêmes matériaux, si cela était possible, l'usufruit ne revivrait plus. Il en serait autrement si la maison, au lieu d'être rebâtie de fond en comble, était par forme de réparation, reconstruite en partie, car de telles constructions se font pour conserver l'édifice et ne le transforment pas (L. 10, § 1, D. VII, 4).

Ce que nous venons de dire de l'usufruit d'une maison s'applique exactement et pour les mêmes raisons à l'usufruit d'un vaisseau, qui à la L. 10, § 7, est comparé avec celui d'une maison. Cet usufruit s'éteint lorsque le vaisseau est démonté de toutes pièces, et il ne revivrait pas, le vaisseau fût-il reconstruit avec les mêmes planches; mais l'usufruit se conserverait si, au lieu d'être reconstruit, le vaisseau n'était que réparé ou radoubé. Enfin la même règle s'applique encore à l'usufruit de tout objet façonné. Si des gobelets d'argent sont fondus, l'usufruit est éteint, et il ne revivra plus, quand même la masse fondue serait de nouveau convertie

en gobelets (L. 36, D. VII, 1). — Cette règle est générale, elle s'applique à tous les objets faits de main d'homme, où le travail est considéré comme créateur, comme constituant une chose nouvelle.

Quant aux changements que subit le sol, il faut pour qu'ils éteignent l'usufruit, qu'ils soient tels que la destination du sol et le genre d'utilité qu'il devait produire soient changés. Ainsi l'usufruit d'un bois taillis est éteint lorsque ce bois est défriché; il en est de même de l'usufruit d'une terre lorsqu'elle est convertie en lac, en étang, d'une manière permanente; et réciproquement de l'usufruit d'un étang, d'un lac, s'il est entièrement desséché (L. 10, §§ 3 et 4, D. VII, 4).

Mais il n'en est pas de même, dit la L. 10, lorsque l'usufruit d'un *arvum* a été légué et qu'on y a fait des plantations de vignes, ou lorsque un vignoble a été converti en terre arable : dans ces cas l'usufruit ne sera pas éteint. Le motif en est que le mot *arvum* comprend et les terres arables proprement dites, c'est-à-dire les terres qui sont ensemencées, et les vignobles. *Arvum* vient de *arare,* et désigne tout ce qui est arable; or chez les Romains le soc passait par les vignobles, comme nous l'apprend Varron (*De re rusticâ,* I, c. 8), en décrivant la manière dont il faut planter les vignes : *Vineae altitudinis modus, longitudo hominis; intervalla pedamentorum qua boves juncti arare possunt;* c'est-à-dire : la hauteur des ceps est de la taille d'un homme, et leur distance est telle que les bœufs puissent entre les deux ceps traîner la charrue. Le vignoble est donc aussi un *arvum,* d'où il suit qu'en convertissant un vignoble en un champ qu'on ensemence, ou bien un champ en vignoble, on ne change pas complétement la destination de la chose, le champ et le vignoble devant tous deux être fertilisés par le labour.

109. En général il y a une grande différence entre l'usufruit d'une *area,* d'une propriété non bâtie, et l'usufruit d'une maison ou d'un bâtiment. La maison une fois détruite ou tombée en ruine, l'usufruit est et demeure éteint. La maison fût-elle même reconstruite, le droit ne revivrait pas. L'usufruit d'une *area* s'éteint bien aussi par les constructions qu'on y fait, parce

qu'alors l'*area* change de forme et de destination, et devient une *insula;* mais si les constructions disparaissent avant le temps requis pour l'extinction de l'usufruit par la prescription, la servitude commence à revivre. Il en est de même lorsque l'usufruit d'un champ a été légué et que le champ a été inondé, l'usufruit sera encore éteint. Mais si le champ n'a pas été converti en lit de fleuve, s'il n'est pas devenu *juris publici,* le droit revivra après la disparition des eaux; il revivra même si le *non usus,* qui anciennement ne devait être que de deux ans, l'avait éteint, car ici c'est le cas d'appliquer la règle : *contra agere non valentem non currit prescriptio.* Mais il ne revivrait point s'il avait été éteint par la prescription de trente ans (1).

Que faut-il conclure de ce qui précède, et comment décider en termes généraux la question de savoir quand, après un changement de forme, l'usufruit est susceptible de revivre et quand il demeure éteint?

Lorsque l'édifice construit sur une *area* soumise à l'usufruit tombe, l'*area* reste absolument et identiquement la même; c'est une forme qui disparaît, ce n'est pas une nouvelle forme qui est créée. Il en est de même de l'*ager,* lorsque les eaux qui l'avaient couvert se retirent. Il faut donc faire cette distinction : lorsque la chose est susceptible d'être ramenée exactement à son état premier, sans qu'il faille pour cela un travail qui donne à la chose une existence, une forme nouvelles, et qu'elle est ramenée à cet état avant le temps requis pour la prescription, l'usufruit revit. C'est le cas de l'usufruit de l'*area* sur laquelle on fait des constructions, et de l'usufruit d'un *ager* qui a été inondé; nous ajouterons avec Averanius (Lib. 3, c. 27, § 5), que c'est aussi le cas d'un usufruit sur une masse d'argent non façonnée d'abord, puis façonnée, puis réduite de nouveau en lingot. Lorsqu'au contraire la chose ne peut plus, après la disparition de la forme qui a éteint l'usufruit, être ramenée au même état, ce droit sera éteint pour ne jamais revivre. C'est ce qui arrivera de l'usu-

(1) L. 10, § 1, D. VII, 4; — L. 71, D. VII, 1; — L. 23 et L. 24, D. VII, 4; — L. 14, D. VIII, 6; — L. 33, D. VIII, 3.

fruit d'une maison, d'un vaisseau, d'objets façonnés quelconques, puisque le travail qu'on ajouterait de nouveau, rendrait ces objets tout autres.

110. L'usufruit ne s'éteint pas par la perte d'une partie de la chose; ainsi lorsqu'une maison a été ruinée en partie, si ce qui en reste est encore habitable, l'usufruit ne sera pas éteint (L. 53, D. VII, 1). Ainsi encore dans les cas où une maison, un bâtiment, une pièce de terre, ne sont considérés que comme des parties d'un tout, les changements même complets qui s'y opéreraient n'éteindraient pas l'usufruit. En vertu de cette règle, lorsque l'usufruit d'un *fundus*, c'est-à-dire d'une ferme, a été légué, et que la maison de campagne, la *villa*, qui se trouvait sur ce *fundus* est ruinée, l'usufruit ne sera pas moins conservé sur les terres et même sur le lieu où s'est trouvée la *villa*, car l'usufruitier du *fundus* exerce son droit sur l'*area*, non pas comme *area*, mais comme *pars fundi*. *Fundi ususfructu legato, si villa diruta sit*, dit la L. 8, D. VII, 4, *ususfructus non extinguetur, quia villa fundi accessio est, non magis, quam si arbores deciderint*.

L'usufruit d'un troupeau ne s'éteint pas non plus par la perte partielle; tant qu'il restera dix têtes, tant qu'il y aura un troupeau, l'usufruit subsistera (L. 3, D. XLVII, 14; — L. 31, D. VII, 4).

Remarquons la différence entre le legs de l'usufruit d'un troupeau et le legs de la propriété. S'agit-il de la propriété, ce qui restera du troupeau à la mort du testateur, ne serait-ce qu'une seule tête, pourra être revendiqué par le légataire, car la propriété embrasse la forme et la substance (L. 22, D. XXX). Peu importe donc que la chose change ou diminue, qu'elle perde la dénomination qui indique sa forme; tant qu'il en reste une partie, la propriété qui s'étend sur toutes les parties substantielles comme sur les parties accidentelles, la propriété demeure. L'usufruit au contraire ne s'étend pas jusqu'à la substance; par conséquent dès que le troupeau cesse d'être troupeau, ce droit est éteint : *mutata forma rei, ususfructus extinguitur*. Par la même raison, lorsqu'un bâtiment périt, l'usufruit du bâtiment est irrévocablement éteint, tandis que le legs de la propriété du bâtiment donnera au légataire le droit de revendiquer l'*area*. De même l'usufruit d'un qua-

drige est éteint dès qu'un seul cheval a péri. Mais si au lieu d'avoir légué l'usufruit d'un quadrige, le testateur a légué l'usufruit de quatre chevaux, le droit subsistera malgré la mort d'un des chevaux, parce qu'il aura porté non sur l'*universitas*, mais sur chaque cheval dans son espèce (L. 10, § 8, et L. 11, D. VII, 4).

111. Lorsque l'usufruit a été éteint *rei interitu, vel mutata forma*, par suite d'un événement fortuit, il est évident que l'usufruitier n'a d'action contre personne, parce que personne n'est tenu de réparer la perte causée par le hasard : *Casus fortuiti a nemine praestantur*.

Lorsque la perte est le résultat de son propre fait, lui-même en est responsable envers le nu-propriétaire, qui intentera, soit l'*actio ex lege Aquilia*, soit l'*actio ex stipulatu* fondée sur la *cautio*, sur la promesse donnée par l'usufruitier de jouir en bon père de famille.

Lorsque l'extinction est la conséquence du fait du propriétaire ou d'un tiers, l'usufruitier aura contre l'auteur du fait, soit l'*actio utilis ex lege Aquilia*, si le fait a endommagé la chose corporellement, soit l'*actio ex testamento*, soit l'*actio de dolo*, dit la L. 5, § 2, D. VII, 4, en statuant sur le cas où le propriétaire de la chose a par son fait éteint l'usufruit : *Si areae sit ususfructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui, constat. Plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur*. Est-ce à dire que ces deux actions concourent électivement ou cumulativement? Non; elles ne sauraient concourir d'aucune de ces deux manières, car l'*actio doli* est subsidiaire, elle ne concourt pas avec une autre action. C'est pourquoi quelques interprètes ont pensé que les mots *plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur*, signifient : que le propriétaire, s'il a construit sur l'*area*, sera tenu de l'*actio ex testamento* à cause de son dol; mais le sens de la loi nous paraît être tout autre. Lorsque le propriétaire construit sur l'*area*, il peut se présenter une alternative, comme l'indiquent les mots *ex testamento vel de dolo;* en effet, deux cas peuvent se supposer :

1° Un testateur a légué l'usufruit sur l'*area* de Titius, son héri-

tier; Titius, pour faire évanouir le legs, élève des constructions sur l'*area :* le légataire de l'usufruit aura contre lui l'*actio ex testamento;* donc il ne peut y avoir lieu à l'*actio de dolo* qui est subsidiaire.

2° Un testateur a pour héritier Titius, et il a légué l'usufruit sur l'*area* de Sempronius; celui-ci fait des constructions : il ne peut y avoir lieu à l'*actio ex testamento,* qui ne s'intente que contre l'héritiér. Il ne reste donc au légataire qu'une action contre Sempronius. Ce ne sera pas l'action *ex lege Aquilia,* car la construction d'un édifice ne saurait être considérée comme un *damnum opere datum.* Cette construction a cependant éteint un droit; donc il y a lieu à l'action *de dolo.* C'est pour cela que la L. 5, § 3, dit que si le nu-propriétaire éteint l'usufruit de l'*area* par des constructions, il y aura lieu à l'*actio de testamento* ou *de dolo.*

La L. 6 ajoute, qu'il peut y avoir lieu aussi à l'interdit *quod vi aut clam;* mais cet interdit, comme l'indiquent les mots *quod vi aut clam,* suppose que le propriétaire ait fait les constructions *vi,* c'est-à-dire malgré l'opposition formée par l'usufruitier, ou bien *clam,* clandestinement, sans que l'usufruitier ait pu former opposition. Si donc les constructions ont été faites publiquement et sans que l'usufruitier s'y soit opposé, il n'y a lieu qu'à l'*actio ex testamento* ou *ex dolo,* comme il vient d'être dit. Enfin la L. 7 D. *eod.* ajoute : *Nisi, sublato aedificio, usumfructum areae mihi cesserit, tempore scilicet quo ususfructus perit, transacto,* c'est-à-dire, il y a lieu aux actions précitées, à moins que le propriétaire ayant ôté l'édifice, n'ait cédé l'*area* à l'usufruitier. Remarquons que cette cession ne serait nécessaire que si le temps de la prescription avait été écoulé, car sans cela l'usufruit aurait été rétabli de plein droit.

112. En parlant plus haut de la règle présentée par quelques auteurs, que les servitudes s'éteignent *rei interitu,* nous avons dit qu'il fallait d'abord faire une distinction entre les servitudes personnelles et réelles, et nous avons déjà vu que les servitudes personnelles s'éteignent non seulement par la perte de la chose, mais encore par le changement de sa forme ou de son espèce. Qu'en est-il maintenant des servitudes réelles, et quelle influence la perte de la chose exerce-t-elle sur l'existence du droit?

Les textes distinguent à cet égard la servitude qui consiste *in solo*, de celle qui consiste *in superficie*. S'agit-il de la première, il faudra que le sol même disparaisse pour que la servitude s'éteigne, ce qui ne se conçoit guères à moins de quelque catastrophe majeure, comme une inondation générale, un envahissement de la mer, une irruption volcanique. Mais il peut arriver que la propriété sur un fonds périsse, sans que le fonds périsse, comme par exemple si le fonds a été occupé par un fleuve; dans ce cas, s'il a été transformé en lit du fleuve, il est devenu *juris publici*, et la propriété, comme tout droit réel quelconque, serait éteinte. S'il n'a pas été transformé en lit du fleuve, la servitude revivra dès que les eaux auront disparu; elle revivra d'elle-même, si la disparition a eu lieu avant le temps pendant lequel une servitude se prescrit, et elle sera renovée si les eaux se retirent après ce temps (1).

C'est pour ce motif que des auteurs ont dit que quelquefois une servitude éteinte est restituée en vertu de la loi; mais au fond cette renovation de la servitude n'est autre chose que l'application de la règle *contra agere non valentem non currit prescriptio*. Je ne puis pas exercer mon droit de servitude, je ne puis pas poursuivre mon droit en justice à cause d'un empêchement juridique : dans ce cas la prescription ordinaire ne pourra pas l'éteindre complétement, il y aura lieu à réintégration. Dans l'ancien droit il en était ainsi des biens des mineurs et des impubères, qui en droit strict pouvaient être usucapés. S'il y avait lésion, les mineurs obtenaient la restitution en entier. Les L. 34 et L. 35, D. VIII, 3, en décidant que la servitude doit être usucapée dans une espèce tout-à-fait semblable, donnent pour motif qu'il serait injuste que la prescription dépouillât de leurs droits ceux auxquels il a été impossible de les exercer. Des particuliers avaient exposé à l'empereur qu'ayant acquis le droit de conduire de l'eau, qu'ils prenaient dans une source du fonds voisin, cette source est venue à tarir, mais qu'après le temps requis par la prescription elle a commencé à jaillir de nouveau; que le non-usage de la ser-

(1) L. 23, L. 24, D. VII, 4; — L. 14, D. VIII, 6.

vitude n'étant pas imputable à leur négligence, ils demandaient à être restitués dans le même droit. Ce motif fut adopté, et la décision déclare qu'il y a lieu de restituer les demandeurs dans leur droit. En effet toute prescription ordinaire repose sur une présomption de consentement de la part de celui contre qui elle court.

Nous conclurons de là que la servitude due par un fonds ne s'éteint que par le changement de propriété, si le fonds devient public. Hors ce cas il y a seulement obstacle à son exercice, et elle ne s'éteint pas avant le temps requis pour la prescription; même après le temps de la prescription il y a lieu à restitution, si le non-usage n'a été que la conséquence d'une nécessité, dont on ne peut déduire aucune présomption de volonté. Toutefois, dans ce cas même, la prescription de trente ans aura éteint le droit définitivement, car contre cette prescription il n'y avait pas de restitution.

113. Si la servitude consiste dans un état de superficie, deux hypothèses peuvent se présenter : *a.* c'est l'édifice du fonds asservi qui disparait; *b.* c'est l'édifice du fonds dominant.

A la première hypothèse se rapporte la L. 18, § 2, D. VIII, 6, qui traite du *jus tigni immittendi.* Le mur qui doit supporter la construction du voisin, est renversé : s'ensuit-il que la servitude soit éteinte? Nullement, car la servitude, bien qu'elle consiste *in superficie,* c'est-à-dire dans un état de superficie qui constitue l'exercice permanent du droit, est due cependant par le fonds. La disparition du bâtiment, de la superficie, ne libère donc pas le fonds, mais elle interrompt l'exercice de la servitude d'une manière nécessaire. Que s'ensuit-il? que le fonds grevé pourra être libéré par la prescription extraordinaire de trente ans, mais non par la prescription ordinaire, car quand il s'agit de servitudes urbaines celle-ci réclame, outre le non-exercice, l'*usucapio libertatis.* Or dans l'hypothèse de la loi qui nous occupe, l'*usucapio libertatis* est impossible. En effet, comment pourrait-on posséder comme libre une construction qui n'existe plus, et alors qu'on n'a pas même contesté au voisin le droit qu'il y exerçait, alors qu'on n'a pas interpellé le droit du voisin, pour nous servir des expressions de la L. 18 : *Non potest videri usucepisse libertatem aedium, qui jus tuum non interpellavit.* Pas de *possessio libertatis,* pas

d'*interpellatio,* pas d'*usucapio libertatis* en un mot; donc pas d'extinction de la servitude par prescription de dix ou vingt ans.

Il y a encore un autre motif également indiqué à la L. 18, pour lequel cette prescription ne saurait éteindre le droit, c'est que si le propriétaire du fonds dominant n'a pas exercé la servitude, il a été dans le cas de ne pouvoir l'exercer; *nec tu immittere poteris,* dit la loi; il n'a pu l'exercer, car il n'a aucune action pour forcer le voisin à relever ses constructions : *servitus in faciendo consistere non potest;* par conséquent ici ce serait encore le cas d'appliquer la maxime : *contra agere non valentem, non currit prescriptio.*

Nous conclurons de là, avec la L. 18, qu'une servitude ne se perd pas par la ruine du bâtiment qui doit la servitude; qu'en pareil cas la liberté du fonds ne peut pas même être usucapée, mais que la servitude ne peut s'éteindre que par la prescription de trente ans.

Voyons maintenant le cas où c'est l'édifice jouissant de la servitude, qui tombe en ruine; il est l'objet de la L. 20, § 2, D. VIII, 2, où il s'agit d'une servitude de gouttière, *stillicidii immittendi,* c'est-à-dire du droit de laisser tomber sur le fonds voisin l'eau qui dégoutte des toits. Le jurisconsulte y examine la question de savoir si, alors que la maison qui jouit de ce droit est reconstruite, la servitude lui sera conservée; il suppose d'abord que la maison soit rebâtie de telle sorte que la forme en soit la même, *ut eadem specie et qualitate reponatur,* car il est de règle générale que le propriétaire dominant ne peut rien faire qui aggrave la servitude. Cela posé, il dit que l'équité exige que la servitude subsiste et que la maison soit censée être la même; mais il ne se dissimule pas que rigoureusement parlant, c'est une autre maison, et il ajoute que c'est par ce motif que l'usufruit sur une maison s'éteint lorsqu'elle tombe en ruine et ne se rétablit pas sur les constructions nouvelles : *utilitas exigit ut idem* (*aedificium*) *esse intelligatur; nam alioquin si quis strictius interpretatur aliud est quod sequenti loco ponitur. Et ideo sublato aedificio ususfructus interit.* Donc la ruine d'une maison qui jouit du droit de servitude, n'éteint pas la servitude; celle-ci subsistera si la maison

est reconstruite de telle sorte que la situation du fonds asservi n'en soit pas aggravée.

Mais que faudrait-il décider si cette maison n'était reconstruite qu'après le temps requis pour l'extinction de la servitude? Il faudrait dire, si le voisin était resté dans la possession de la liberté de son fonds, que la servitude serait irrévocablement éteinte, sans qu'il y eût lieu à la restitution *in integrum*. En effet le propriétaire dominant ne pourra pas dire : je n'ai pu exercer ma servitude, car il n'a dépendu que de lui de relever les constructions.

Il suit de cet examen, que c'est s'énoncer d'une manière trop générale que de dire que les servitudes s'éteignent *interitu rei*, mais qu'il faut de toute nécessité distinguer : 1° les servitudes personnelles qui s'éteignent non seulement par la perte de la chose, mais encore par le changement de forme, et qui ne revivent que lorsque la chose est ramenée à son état primitif, sans que le concours de l'industrie de l'homme ait créé une chose nouvelle; et 2° les servitudes réelles, parmi lesquelles il faut encore séparer des servitudes qui consistent *in solo*, celles qui consistent *in superficie*, pour y appliquer des règles différentes et des distinctions ultérieures.

114. Nous avons montré les servitudes s'éteignant par la confusion et par certains changements subis par la chose frappée de servitude. En troisième lieu les auteurs indiquent comme causes d'extinction : l'arrivée du terme pour lequel la servitude avait été constituée, ou de la condition résolutoire ajoutée à sa concession, et enfin la résolution du droit de propriété de celui qui avait concédé la servitude.

Quant au terme et à la condition, il est utile de rappeler que dans l'ancien droit ces deux modes d'extinction ne s'appliquaient qu'aux servitudes personnelles. Dans les servitudes réelles, le terme et la condition étaient censés non ajoutés *jure civili;* par conséquent *stricto jure* le concessionnaire pouvait toujours revendiquer la servitude; mais le préteur accordait une exception au concédant à l'arrivée du terme ou de la condition stipulée (L. 4, D. VIII, 1).

115. Le terme opposé comme limite à la durée de l'usufruit

peut être certain ou incertain. Ainsi la mort d'une tierce personne peut être indiquée comme terme de la jouissance; — l'usufruit peut être établi avec la clause qu'il cessera lorsqu'une tierce personne désignée aura atteint tel âge; — enfin il peut être établi avec la clause qu'il durera jusqu'à ce que tel événement se soit accompli dans telle ou telles personnes, par exemple jusqu'à ce que Titius, frappé de démence, ait recouvré la raison.

L'interprétation des deux dernières clauses avait donné lieu à des difficultés qui ont été résolues par une des cinquante décisions de Justinien (L. 12, § 1, C. III, 33). Mais avant de nous en occuper, faisons une observation générale concernant le terme; remarquons que quelle que soit la nature de la clause ajoutée à l'usufruit, que cette clause implique un terme certain ou incertain, elle ne pourra jamais avoir pour effet d'étendre la jouissance au-delà de la vie de l'usufruitier. Il est essentiel à l'usufruit de s'éteindre par la mort du concessionnaire. Tout terme aura donc nécessairement pour effet de restreindre et non pas d'étendre cette durée possible. Par conséquent si la mort d'une personne est indiquée comme terme à la jouissance, l'usufruit s'éteindra à la mort de cette personne; et dans tous les cas à la mort de l'usufruitier si celui-ci meurt auparavant.

L'usufruit constitué jusqu'à ce que telle personne ait atteint tel âge, avait donné lieu à des difficultés d'interprétation pour le cas où cette personne décédait avant d'avoir atteint l'âge déterminé. On s'était demandé si l'usufruit était éteint au moment de cette mort, ou s'il devait durer jusqu'à l'époque où le tiers, s'il eût vécu, aurait atteint l'âge fixé. Faire cesser l'usufruit à la mort de ce tiers, ce serait subordonner le droit à la condition de la vie de ce tiers. Or rien ne prouve que cette subordination ait été dans la pensée du testateur; l'admettre ce serait donc ajouter à sa volonté; et partant il faut dire que le testateur n'a voulu que fixer un terme, ainsi que le décide Justinien en disant : *Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula.* C'est pourquoi, que ce tiers vive et atteigne l'âge déterminé, ou qu'il ne l'atteigne pas, dit Justinien, l'usufruit durera jusqu'à l'époque où le tiers devait atteindre l'âge déterminé, s'il avait vécu.

L'article 620 du Code a adopté cette décision, mais sans s'appliquer cependant à l'usufruit légal des père et mère (art. 383, 384). Si l'enfant meurt avant d'avoir atteint dix-huit ans, l'usufruit légal est éteint parce qu'il est considéré comme une compensation des frais de nourriture et d'éducation, et est subordonné à l'exercice de la puissance paternelle.

L'usufruit peut aussi être constitué jusqu'à ce que tel événement se soit passé dans telle personne : *Sin autem talis fuerit inserta conditio,* dit la L. 12, *donec in furore filius vel alius quisquam remanserit : vel in aliis similibus casibus quarum eventus in incerto sit...* Le tiers, dans la personne duquel doit avoir lieu l'événement dont dépend la fin de l'usufruit, meurt : le droit sera-t-il éteint, ou bien subsistera-t-il jusqu'à la mort de l'usufruitier? Justinien décide qu'il subsistera jusqu'à cette mort. On conçoit cependant qu'il pourrait s'élever des doutes; léguer un usufruit jusqu'à ce qu'un tel, qui est en état de démence, aura recouvré sa raison, c'est le léguer aussi longtemps qu'il est en état de démence; et si ce tiers meurt, comment peut-on dire qu'il soit encore en état de démence? d'où l'on pouvait conclure que l'usufruit est éteint. Mais une telle interprétation de la clause serait trop subtile, elle ajouterait évidemment à la volonté du testateur, qui n'a pas fait de la démence la condition *sine quâ non* de la jouissance. Aussi la décision de Justinien est-elle la seule qu'on puisse admettre. En effet léguer un usufruit jusqu'à ce qu'un tiers ait recouvré la raison, ou tant qu'il sera en état de démence, c'est évidemment, malgré l'emploi du mot *donec,* léguer un usufruit subordonné à un événement incertain, à une condition. Il est encore évident que ce n'est pas la constitution, l'état de l'usufruit qui dépend de la condition, mais sa cessation. La constitution est non-conditionnelle, la fin de l'usufruit seule dépend de l'événement incertain, soit de la cessation de la démence, soit du mariage, soit de la survenance d'enfant, événements qui par conséquent sont de véritables conditions résolutoires. Or la condition résolutoire devenue impossible par la mort des personnes dans lesquelles elle devait avoir lieu, laisse subsister l'usufruit, qui durera aussi longtemps qu'il peut subsister par sa nature, c'est-à-dire jusqu'à la mort de l'usufruitier.

116. Les servitudes s'éteignent par l'arrivée de la condition résolutoire apposée par la constitution à la servitude même. Elles s'éteignent aussi en vertu du principe *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum,* c'est-à-dire lorsque une condition résolutoire était apposée au droit de propriété du concédant.

Nous avons vu qu'il n'y a que le propriétaire qui puisse grever une chose de servitude, mais aussi que la servitude constituée sur la chose continuera de l'affecter dans les mains de tout acquéreur subséquent : *res transit cum suo onere.* Il en est autrement lorsque la propriété, au lieu d'être transmise à un nouvel acquéreur, retourne à celui qui l'avait aliénée, et que ce retour a lieu en vertu d'une clause renfermée dans l'acte d'aliénation même. Si alors, pendant que la résolution était en suspens, l'acquéreur qui n'avait qu'une propriété résoluble, y a imposé des charges, ces charges disparaissent par le seul effet de la résolution, car personne ne peut transférer plus de droit, ni un autre droit qu'il n'avait lui-même. Or le précédent propriétaire n'ayant eu qu'une propriété résoluble, n'a pu concéder qu'un droit résoluble. Donc la propriété retournera à celui qui l'avait aliénée, franche et libre, comme si elle n'avait jamais cessé de lui appartenir. C'est ce qui a lieu dans l'*in diem addictio* et dans la *lex commissoria.* Le vendeur qui craint de devoir vendre à trop bas prix, ajoute la clause que la vente sera résolue, si endéans un certain temps on lui fait des offres plus avantageuses (*in diem addictio*). Cette clause arrivant, le vendeur reprendra la chose franche et libre de toute charge que l'acheteur peut y avoir imposée. Il en est de même de la *lex commissoria* ou clause commissoire; le vendeur qui n'aura pas été payé dans le délai déterminé, revendiquera également la chose libre de toute charge.

Il en est de même encore de la donation pour cause de mort; le donateur, s'il échappe au péril, revendiquera de même la chose donnée; ou enfin de la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant (1).

Telle est la règle générale, lorsque la propriété est résolue en

(1) Voyez sur ces cas divers : L. 4, § 3; — L. 7, L. 8, D. XVIII, 2; — L. 4, C. IV, 54; — L. 29, D. XXXIX, 6; — L. 8, C. VIII, 5. — Art. 968 du Code civil.

vertu d'une clause antérieure à la constitution de la servitude, soit que cette clause ait été écrite dans l'acte d'aliénation d'une manière expresse, soit qu'elle y ait été renfermée implicitement en vertu de la loi, comme par exemple, dans le cas de révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants. Dans ces cas, en général, la résolution ou la révocation de la propriété se fait donc *ex tunc,* comme disent les interprètes, c'est-à-dire que les choses sont remises dans l'état où elles furent lorsque l'aliénation s'est réalisée, et l'aliénation est censée ne pas avoir eu lieu.

Cependant il y a des cas où la résolution se fait *ex nunc,* sans effet rétroactif; les charges alors demeurent et la chose retourne à l'ancien propriétaire, donateur ou vendeur, en l'état où elle est au moment de la résolution. C'est ce qui a lieu : 1° Lorsqu'il résulte des termes de la clause ajoutée au contrat, que le donateur ou le vendeur a seulement le droit de redemander la chose sans que celle-ci cesse d'appartenir à l'acheteur *ipso jure.* Ainsi dans la clause commissoire, lorsque la clause porte : *ut res ad venditorem revertatur, nisi restitutum esset pretium,* au lieu de *inemta sit,* il n'y aura pas d'effet rétroactif, la résolution n'aura pas lieu de plein droit, le vendeur ne pourra pas revendiquer la chose en tierces mains, il n'aura que l'action personnelle *ex contractu* contre l'acheteur, et les droits acquis par les tiers demeureront irrévocables (L. 3, C. IV, 54).

Il en est de même du pacte *de retrovendendo,* qui ne crée qu'une obligation, sans résoudre le droit de propriété (L. 21, § 1, D. XIX, 1). Mais ce pacte a d'autres effets en droit moderne, la clause étant autrement posée; ce n'est plus l'acheteur qui s'oblige à revendre, mais le vendeur qui se réserve de reprendre la chose (art. 1659, 1673).

2° La résolution laisse encore subsister les droits acquis par les tiers, lorsque la condition résolutoire est potestative de la part de celui qui doit restituer la chose, lorsque, par exemple, il dépend de l'acheteur de résoudre le contrat ou de ne pas le résoudre. Par ce motif, lorsque l'acheteur s'est réservé la faculté de se départir du contrat *si emtori displacuisset,* et qu'en attendant il a grevé la chose, les charges demeurent, et il ne pourra forcer le vendeur à

reprendre la chose contre restitution du prix qu'après avoir obtenu le dégrèvement, qui n'a pas lieu de plein droit. En effet, le tiers qui a acquis la servitude pouvait avoir confiance dans le titre de son vendeur, puisqu'il n'était au pouvoir de personne de révoquer ce titre, si ce n'est du vendeur lui-même (L. 3, D. XX, 6).

Enfin c'est pour le même motif que les charges réelles restent lorsqu'une donation est révoquée pour cause d'ingratitude, car la révocation dépend d'un fait qui est potestatif de la part du débiteur, du donataire contre lequel la restitution est demandée (L. 9, § 5, D. XXXIX, 6).

117. Les servitudes s'éteignent aussi par la remise et par l'abandon, *derelictio*. La remise de la servitude diffère de l'abandon en ce que dans l'intention même de celui qui veut se dépouiller, la remise est subordonnée à l'acceptation, tandis que l'abandon ne l'est point.

Les servitudes ont cela de commun avec la propriété, et de différent des obligations, qu'elles se perdent aussi par l'abandon, quoique cependant l'abandon de la propriété et celui des servitudes ne produisent pas les mêmes effets. L'abandon de la propriété rend la chose *nullius;* donc elle sera *primo occupanti;* l'abandon de la servitude au contraire consolide la propriété. Le motif en est que la propriété est un droit primitif, et que la servitude n'est qu'un droit dérivé; la servitude retourne à la propriété comme à sa source, dès que celui qui en jouissait s'en est dépouillé. Cette faculté de recevoir en elle tous les éléments détachés de la propriété aussitôt qu'ils se perdent dans le chef des concessionnaires, fait que le droit de propriété demeure alors même que le propriétaire se serait dépouillé successivement de toutes les prérogatives qui caractérisent la propriété, eût-il aliéné les droits de disposition en concédant des servitudes, l'usufruit, une hypothèque; car dès qu'un de ces droits s'éteint, il retourne à la propriété (L. 64, et L. 65, D. 7, 1). Toutefois s'il suffit que le propriétaire abandonne le droit pour qu'il retourne à la propriété, cet abandon ne saurait avoir lieu au détriment des tiers, au détriment de l'usufruitier, par exemple, ou du créancier hypothécaire (L. 15, § 7, D. 7, 1).

La remise de la servitude peut être expresse ou tacite. Elle est tacite toutes les fois que le propriétaire du fonds dominant, sans renoncer expressément au droit de servitude, autorise le propriétaire du fonds assujetti à poser ún fait qui rende désormais impossible l'exercice de la servitude; par exemple, j'ai un droit de passage et je vous autorise à clore votre propriété d'un mur, ou à faire des constructions à l'endroit où le passage doit s'exercer; ou bien j'ai le *jus stillicidii immittendi,* et je vous autorise à faire sur votre *area* des constructions qui sont un obstacle invincible à ce que les eaux pluviales se déversent sur votre fonds (L. 8, D. VIII, 6).

On s'est demandé si un semblable acte, incompatible avec l'exercice d'une servitude, implique déjà renonciation à cette servitude, par cela seul qu'il a été posé sans aucune opposition à la vérité, mais aussi sans autorisation expresse de la personne qui aurait pu l'empêcher en vertu de son droit de servitude. Voet (*Pand.* VIII, 6, n° 5) appliquant ici la L. 28, D. X. 3, résout la question affirmativement; il dit que la servitude est tacitement remise lorsque le propriétaire du fonds dominant a autorisé celui du fonds servant à faire des constructions ou ouvrages qui sont un empêchement nécessaire à l'exercice de la servitude, soit qu'il ait donné cette autorisation en termes formels, soit qu'il ait laissé s'achever les constructions sans former une opposition quelconque, sans recourir même à l'*operis novi nunciatio.* Dans ce dernier cas, dit Voet, la servitude est aussi censée tacitement remise, mais en ce sens seulement que celui au profit duquel ce droit existait ne pourra forcer le voisin à abattre ses constructions, mais qu'il devra se contenter de recevoir des dommages-intérêts pour la servitude qu'il n'a plus.

D'autres auteurs, parmi lesquels Muhlenbruch, pensent qu'à cause de la L. 5, D. VIII, 2, la L. 28, D. X, 3, n'est pas applicable au cas qui nous occupe. La L. 5 est ainsi conçue : *Invitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum qui contradicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius Lib.* 40, *et infantem et furiosum invitos rectè dici, ait; non enim ad factum, sed ad jus servitutis haec verba referuntur.* Mais ce texte n'est nullement

contraire à la L. 28 et n'en repousse pas l'application. La L. 28 fait une distinction dans laquelle la L. 5 rentre complétement : 1° je fais des ouvrages et constructions qui peuvent être empêchés, et qu'on n'empêche pas : — dans ce cas on ne peut pas en demander la démolition, mais seulement une indemnité pour la perte du droit dont l'exercice est devenu impossible; — 2° je fais des travaux *absente socio,* et dans ce cas la démolition peut être demandée. Or cette deuxième hypothèse est celle de la L. 5, D, VIII, 2. En effet, que décide cette dernière loi? Celui qui a acquis la *servitus ne luminibus officiatur* pourra empêcher le voisin d'élever ses constructions *invito se,* dit la L. 4, D. *eod.*; puis la L. 5 ajoute que par *invitus* il faut entendre non seulement toute contradiction, mais le défaut de consentement; par conséquent, continue la loi, si le fonds dominant était possédé par un pupille ou un furieux, il est évident que les constructions élevées par le propriétaire du fonds asservi, le seraient illégalement, c'est-à-dire en d'autres termes, que les constructions sont élevées illégalement lorsqu'elles le sont pendant l'absence de la partie adverse (L. 28, D. X, 3), ou si celle-ci est un pupille ou un furieux (L. 5, D. VIII, 2); en un mot, lorsque cette partie intéressée ne peut ni consentir, ni s'opposer. La L. 5 ne décide donc pas sur le cas où la partie intéressée pouvait consentir ou s'opposer, cas qui est celui de la première hypothèse de la L. 28. Par conséquent aucun texte ne repousse l'application de la L. 28, conforme d'ailleurs à l'équité.

S'il est donc vrai qu'en règle générale un fait posé par le propriétaire du fonds asservi et tendant à empêcher l'exercice de la servitude, ne saurait éteindre le droit par lui-même, mais seulement à l'aide de la prescription, il y a cependant des cas où un tel fait posé sans avoir rencontré aucune espèce d'opposition, alors que cette opposition aurait pu être formée et qu'il s'agit de constructions importantes, doit enlever au non-opposant le droit de demander la destruction de l'édifice et réduire ses prétentions à l'obtention d'une indemnité pour le droit qu'il a perdu. On ne saurait hésiter à l'admettre, surtout si l'on considère que ces ouvrages auraient pu être faits par un successeur de bonne foi. La L. 5, C. III, 34, confirme cette opinion, car d'après cette loi, pour que

celui qui jouit d'une servitude puisse demander la démolition des constructions qui ont été élevées, il faut que ces constructions aient été élevées *injuriose,* c'est-à-dire sans bonne foi, alors que l'adversaire n'a pu ni consentir, ni s'opposer.

La remise peut donc être tacite, et elle est telle, soit que le propriétaire du fonds dominant consente à une œuvre ou construction qui rend l'exercice de la servitude perpétuellement impossible, soit que pouvant s'opposer à une telle œuvre, il ait souffert qu'elle fût achevée, sans former aucune espèce d'opposition, et que la construction ait d'ailleurs été faite de bonne foi.

L'art. 707 du Code civil sur la prescription des servitudes n'est pas un obstacle à ce que la L. 28 reçoive son application sous l'empire du Code. Les faits contraires à l'exercice de la servitude doivent-ils faire supposer une remise immédiate, sont-ils de nature seulement à conduire à l'extinction de la servitude par prescription? C'est une question que le juge décidera d'après la nature des ouvrages, leur importance, la bonne foi de celui qui les a élevés, et les circonstances qui prouvent irrévocablement que le voisin en a eu connaissance et n'a pas voulu s'y opposer (1).

La remise des servitudes est encore tacite lorsque le propriétaire du fonds dominant pose lui-même un acte qui ne peut se concilier avec l'exercice de la servitude; c'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque l'usufruitier autorise le nu-propriétaire à vendre la chose. Cette autorisation ne saurait se concilier avec l'usufruit; elle implique nécessairement remise de ce droit. En effet, pour vendre la nue-propriété, le nu-propriétaire n'avait nul besoin de l'autorisation de l'usufruitier; donc cette autorisation ne peut avoir pour effet que d'autoriser la vente de la pleine propriété (L. 4, § 12, D. XLIV, 4).

Si la remise peut se faire tacitement, parce que dans les actes qui ne requièrent aucune solennité, *eadem vis est taciti ac expressi,* elle est cependant de stricte interprétation. Ainsi lorsque j'ai sur le fonds voisin le *jus non altius tollendi,* en même temps que le *jus stillicidii,* et que je fais remise du *jus non altius tollendi,* le

(1) Comparez Fr. Taulier, *Théorie du Code civil,* tom. II, p. 474.

jus stillicidii me reste; et il en résultera que le voisin ne pourra pas construire à l'endroit où doit s'exercer mon droit de gouttière, mais devra laisser un espace libre pour la réception et l'écoulement de l'eau (L. 21, D. VIII, 2, et L. 20, D. VIII, 3).

Enfin la servitude ne peut pas être remise pour une portion indivise; donc, ni par un seul, ni à un seul de plusieurs copropriétaires; mais elle peut être remise pour une portion déterminée du fonds (1). L'usufruit étant un droit divisible, peut être remis même pour une portion indivise.

118. Les servitudes s'éteignent en cinquième lieu par la prescription. Ici encore une différence importante sépare les servitudes rurales et les servitudes personnelles, des servitudes urbaines : le *non usus* est requis quand il s'agit de la prescription des premières; l'*usucapio libertatis* est exigé quand il s'agit de celle des secondes. Recherchons en la cause.

Nous avons dit plus haut que ce n'était ni dans la qualité du fonds dominant, ni dans celle du fonds assujetti, qu'il fallait chercher la différence qui existe entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales, mais que cette différence se fondait entièrement et invariablement sur ce que les unes consistent, comme le dit Paul à la L. 2, D. VIII, 1, *in superficie,* les autres *in solo.* Ainsi les servitudes urbaines requièrent un état de superficie qui peut être déterminé : 1° D'une manière positive, comme dans les servitudes *tigni immittendi, projiciendi, protegendi,* et en général dans toutes celles qui consistent dans une œuvre qui imprime au fonds assujetti le signe de la servitude et par laquelle elle s'exerce d'elle-même d'une manière continue et permanente, existant pour ainsi dire de sa propre vie, indépendamment du fait de l'homme. Avoir cette œuvre, c'est donc avoir, c'est posséder la servitude A cause de ce caractère quelques auteurs ont fort bien appelé celles des servitudes urbaines qui consistent dans une telle œuvre, *servitutes habendi,* expression qui se trouve d'ailleurs dans la L. 20, D. VIII, 2 : *Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam, si forte ex aedibus meis*

(1) L. 19 et L. 34, D. VIII, 3; — L. 6, D. VIII, 1. — Voyez plus haut n° 28.

in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Et il en est de même des autres servitudes consistant dans une œuvre, comme de la *servitus protegendi, projiciendi.* Le texte ajoute : *Idem evenit, si stillicidium in tuum projecero : quia in tuo aliquo utor, et sic quasi facto quodam possideo* (1). La possession est continue et apparente.

L'état de superficie, dans lequel consiste la servitude urbaine, peut être déterminé, 2° d'une manière négative, comme dans les servitudes *non altius tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur,* qui consistent plus particulièrement *in prohibendo,* et que pour ce motif nous appellerons servitudes *prohibendi,* ou bien, eu égard au propriétaire du fonds assujetti, servitudes *non faciendi.* Comme elles consistent aussi dans un état de superficie, elles sont également continues, s'exerçant d'elles-mêmes indépendamment du fait de l'homme; mais elles sont non apparentes, leur possession n'apparait pas; celui qui se prévaut d'une servitude pareille ne peut donc la prouver qu'au moyen d'un titre ou d'une contradiction victorieuse opposée au propriétaire du fonds asservi, qui a voulu enfreindre la loi du *non facere.*

Les servitudes urbaines sont donc des servitudes qui consistent soit à avoir une œuvre qui se projette sur le fonds voisin, *servitutes habendi,* soit à empêcher le voisin de faire, *servitutes prohibendi* ou *non faciendi.*

Les servitudes rurales, d'après la L. 2, D. VIII, 1, consistent *in solo,* c'est-à-dire qu'elles existent indépendamment de tout état de superficie, qu'il y ait une œuvre ou des constructions sur le sol, où qu'il n'y en ait pas. Elles n'exigent rien que les rapports du sol, *in solo consistunt,* car elles consistent à aller d'un endroit dans un autre : *servitutes eundi, agendi, aquam ducendi, hauriendi, pecoris ad aquam appellendi, arenae fodiendae,* etc. Elles consistent simplement *in patiendo,* le propriétaire du fonds asservi devant souffrir que le voisin pose certains faits sur son fonds, faits par lesquels s'exerce la servitude; elles consistent

(1) Ces servitudes augmentent et diminuent la propriété L. 5, § 9, D. XXXIX, 1.

donc *in patiendo* de la part du propriétaire du fonds asservi, et *in faciendo* eu égard au propriétaire du fonds dominant; car quand on dit *servitus in faciendo consistere non potest,* la règle s'applique au propriétaire du fonds assujetti. Les servitudes rurales sont donc des servitudes *faciendi;* c'est dans le *facere* qu'on voit la quasi-possession du droit, qui par conséquent n'est pas susceptible d'une possession continue.

Cela posé, si les servitudes rurales sont des *servitutes faciendi,* il s'ensuit que pour se trouver en possession continue d'une telle servitude, il faudrait un *facere* continu, ce qui est impossible : *Servitutes praediorum rusticorum tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem,* dit la L. 20, D. VIII, 2. *Nemo enim tam perpetuo, tam continentur, ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* Donc, d'après ce texte, par cela seul qu'une telle servitude n'est pas exercée, la possession de la servitude est interrompue, *interpellatur,* et la possession de liberté existe.

Que suit-il de là? que dans les servitudes rurales, c'est la possession de liberté qui est continue, attendu que la possession de servitude ne saurait l'être; l'exercice de la servitude, le *facere,* est donc une *usurpatio libertatis.* C'est pourquoi Paul, § 2, Sent. I, 17, pour dire que la servitude rurale se perd par deux années de non-exercice, et se conserve par un seul exercice qui a lieu en-déans les deux ans, s'exprime en ces termes : *Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio* USURPATA *recipitur.* — *Usurpare* ne signifie autre chose qu'exercer, parce que l'exercice interrompt la possession de liberté. Aux L. 6, § 1, D. VIII, 6, et L. 8, § 1, D. *eod.*, l'exercice de la servitude est appelé *usurpare jus.* Or *usurpare,* c'est interrompre l'*usucapio libertatis* du propriétaire du fonds asservi (L. 2, D. XLI, 3). Nous avons par conséquent raison de dire que dans les servitudes rurales, c'est le propriétaire de ce fonds qui est envisagé comme se trouvant dans la possession continuelle de sa liberté. Si pendant le temps requis par la loi, la servitude n'est pas exercée, elle sera éteinte, et l'*usucapio libertatis* sera accomplie.

Ainsi s'explique pourquoi les servitudes rurales se perdent par le *non usus* seul. Au fond l'extinction de ces servitudes est une véritable *usucapio libertatis,* comme pour les servitudes urbaines; mais comme ici la *possessio libertatis* n'est pas le fait saillant, puisqu'elle est continue et permanente, c'est sur le *non usus* que l'attention s'est reportée, car demander si une servitude rurale est éteinte par la prescription, c'est demander si elle a été exercée ou non depuis le délai fixé par la loi.

La considération que dans les servitudes rurales le propriétaire du fonds asservi se trouve dans la possession de liberté, laquelle n'est interrompue que par l'exercice, est tout-à-fait capitale; c'est d'elle que dépendent toutes les règles, toutes les conditions requises pour le *non usus.* Pour ces servitudes il s'agit donc seulement de définir le *non usus.* Dans les servitudes urbaines, c'est tout le contraire; là la possession de servitude est continue, c'est pourquoi il faut avant tout, outre le *non usus,* l'*usucapio libertatis,* qui est ici le fait principal qu'il s'agit de définir.

119. Le *non usus* requiert que pendant le temps légitime, aucun exercice du droit, aucune *usurpatio libertatis* n'ait eu lieu, et ici il faut remarquer qu'un acte qui matériellement pourrait être considéré comme l'exercice d'un droit de servitude, serait un fait insignifiant et ne constituerait pas une *usurpatio libertatis,* s'il n'était pas animé de l'intention d'exercer la servitude comme un droit; la L. 25, D. VIII, 6, dit : *Servitute usus non videtur, nisi is qui suo jure uti se credidit;* et elle en tire cette conséquence que si quelqu'un s'est servi d'un chemin établi pour le service de son fonds, mais qu'il ait cru passer par un chemin public, les faits de passage n'interrompront pas l'*usucapio libertatis,* n'empêcheront pas la servitude de s'éteindre *non usu,* et il n'aura ni interdit, ni *actio utilis* pour se faire maintenir dans un tel exercice dénué de l'*animus,* de l'intention d'exercer la servitude comme étant due au fonds. Il en serait de même si l'on avait exercé la servitude, croyant cet exercice concédé *precario.*

En droit moderne l'exercice d'une des servitudes que l'ancien droit appelait rurales, est toujours, à défaut de titre, considéré comme précaire, et pour ce motif on ne saurait ni acquérir une

telle servitude par prescription, ni exercer de son chef les actions possessoires. Le titre cependant colorerait la possession, et ferait disparaître le caractère de précarité; c'est du moins là l'opinion générale des auteurs, comme nous l'avons vu en traitant des actions possessoires en droit français.

Si d'un côté le fait d'user de la servitude, suppose l'intention d'exercer le droit pour en empêcher l'extinction, d'un autre côté le *non utens* ne pourrait pas opposer à celui qui se prévaudrait du *non usus,* qu'il a ignoré l'existence de son droit. On m'a légué une servitude, dit la L. 19, § 1, D. VIII, 6; après l'adition de l'hérédité je ne la revendique pas; je ne l'exerce pas, parce que j'ignore le legs... Mon erreur empêchera-t-elle l'extinction de la servitude? Nullement; il suffit que j'aie pu l'exercer et que je ne l'aie point fait, pour qu'elle soit éteinte. De même, si l'acheteur d'un fonds n'exerce pas la servitude qui y est attachée, ne sachant pas qu'elle existe, cette servitude ne sera pas moins éteinte par le *non usus,* mais le vendeur sera responsable si sciemment il ne l'a pas averti de l'existence du droit (L. 66, D. XVIII, 1).

Si cependant le *non usus* a pour cause, non pas une erreur, mais quelqu'empêchement invincible, si la source d'où je dérivais de l'eau est tarie, et qu'après le temps requis pour la prescription elle rejaillit de nouveau, ou bien si les eaux d'un fleuve, après avoir couvert un champ pendant le même temps, se sont retirées, la servitude éteinte par le *non usus* sera restituée, comme nous l'avons déjà vu (1). Ce n'est toutefois que contre l'*usucapio libertatis* que la restitution aurait lieu; il n'y en aurait pas contre la prescription de trente ans.

Le Code civil, qui n'admet de prescription extinctive autre que celle de trente ans, n'admet pas non plus de restitution contre cette prescription, comme il résulte des art. 704 et 706, comparés avec les L. 34 et 35, D. VIII, 3.

La bonne foi n'est pas spécialement requise de la part de celui qui se prévaut du *non usus.* En effet elle s'attache à un acte de possession qui ici ne saurait avoir lieu, puisque le propriétaire

(1) L. 34, L. 35, D. VIII, 3; — L. 14, D. VIII, 6. — Voir plus haut n° 109.

qui acquiert par le *non usus* de l'autre la liberté de ses fonds, se trouve originairement dans la possession de liberté, que l'autre n'a pas interrompue.

120. Il faut assimiler au *non usus* l'exercice de la servitude, qui diffère tellement du titre, que cet exercice pourrait constituer une servitude distincte et indépendante de la première; mais alors aussi, si cet exercice a lieu *nec vi, nec clam, nec precario,* et avec bonne foi, il arrivera qu'une nouvelle servitude s'établira par l'*usus,* en même temps qu'une première se sera éteinte par le *non usus.* Si celui, dit la L. 10, § 1, D. VIII, 6, qui a le droit de conduire de l'eau pendant la nuit, l'a pendant le temps requis conduite le jour, et aucune fois la nuit, il aura perdu le droit de conduite pendant la nuit. En effet conduire l'eau la nuit ou le jour, sont deux faits différents qui pourraient être l'objet de deux servitudes distinctes. Mais si la conduite est exercée le jour, *nec vi, nec clam, nec precario,* et avec bonne foi, cet exercice aura acquis la force d'une servitude nouvelle.

La L. 18, D. VIII, 6, nous montre une seconde application de la même règle : j'ai le droit de conduite d'eau sur le fonds voisin où il y a deux sources; je prends l'eau à une source autre que celle qui est désignée dans le titre : cet usage continué pendant le temps requis pour la prescription, sera assimilé au *non usus* quant à la servitude stipulée, mais une nouvelle servitude pourra être acquise si la quasi-possession réunit les conditions voulues par la loi.

Dans notre droit, les servitudes discontinues ne s'acquérant pas sans titre, il faudrait décider, aux cas des L. 10 et 18, D. VIII, 6, que la première servitude est éteinte, et que la seconde n'est point acquise.

Nous trouvons en droit romain comme en droit français des règles différentes, lorsque l'exercice de la servitude, au lieu de s'écarter du titre au point de constituer une servitude autre que celle qui a été établie, ne fait que restreindre ou étendre celle-ci sans la transformer en une servitude différente. Dans ce cas, si l'exercice est incomplet, s'il reste en-deça du titre, la servitude est cependant conservée telle qu'elle a été constituée, parce que

un exercice même incomplet suffit cependant pour empêcher la possession de liberté. Si l'exercice va au-delà du titre, la servitude est encore conservée telle qu'elle a été établie, parce qu'on ne prescrit pas contre son titre. C'est ce qui résulte de l'analyse de la L. 9, D. VIII, 6, d'après laquelle celui qui a une servitude d'aqueduc, et qui ne conduit pas l'eau sur toutes les parties de son fonds, ne conserve pas moins toute la servitude, puisqu'il suffit qu'il ait pris de l'eau, pour qu'il ait tenu la propriété du voisin asservie. Dès qu'une servitude existe, l'exercice du droit tiendra le fonds asservi, fût-il incomplet, parce que cet exercice est indivisible. Par ce motif celui qui a une servitude de passage sur un fonds, conserve cette servitude toute entière quand même il ne s'est servi du chemin qu'en partie; et, lorsque le fonds asservi est partagé *in regiones certas secundum latitudinem viae,* c'est-à-dire de telle sorte que les parts longent le chemin parallèlement, et que celui-ci se trouve par conséquent établi à l'extrême limite, sur un terrain commun, le passage exercé sur une partie de ce chemin, conservera cependant la servitude sur tout le chemin, puisque exercé sur un terrain commun aux deux propriétaires, il interrompt à leur égard la possession de liberté (L. 6, § 1, D. VIII, 6). Mais d'après la même loi, si le fonds asservi a été partagé *secundum longitudinem viae,* c'est-à-dire de manière à ce que la ligne séparative des diverses portions, au lieu d'être parallèle au chemin, y soit perpendiculaire, et si le passage n'a été exercé que sur la portion de l'un des copartageants, l'autre portion constituant une propriété distincte sera libérée par le *non usus*. Pourquoi? Parce que la *possessio libertatis* du dernier partageant n'aura pas été interrompue par un exercice qui n'aura aucunement touché à sa partie.

La L. 18, D. VIII, 3, n'est pas contraire à cette décision, puisque dans l'espèce de cette loi, le chemin traverse plusieurs fonds appartenant au même propriétaire, lesquels par conséquent sont censés constituer un seul fonds; et que par suite l'exercice du passage, ne s'étendît-il pas sur tous les fonds, aurait néanmoins interrompu la possession de liberté pour le tout.

S'il résulte des lois que nous venons de citer, que l'exercice de

la servitude qui reste en-deça du titre ne fait pas perdre la servitude et n'en diminue pas l'étendue, à moins que le fonds n'ait été partagé *per longitudinem viae,* et n'appartienne à plusieurs, il suit de là qu'*à fortiori* un exercice de la servitude qui dépasserait le titre n'aurait pas non plus pour effets d'éteindre la servitude. Ainsi celui qui en se servant d'un chemin, l'aurait élargi en usurpant sur les terres, ou celui qui au lieu de dériver telle eau seulement, aurait dirigé dans la même conduite les eaux d'une autre source, aurait interrompu la possession de liberté, et conservé son droit de servitude sans l'étendre, sans acquérir quelque droit nouveau (L. 11, D. VIII, 6), puisque on ne prescrit pas contre son titre : *Melius est enim non habere titulum, quam habere vitiosum.*

121. Mais quel sera l'effet du *non usus,* si de deux servitudes dont l'une est renfermée dans l'autre, l'une seulement est exercée et que l'autre ne le soit pas?

a. La question peut se présenter dans l'usufruit; il se peut que l'usufruitier n'exerce que l'*usus,* et non pas le *fructus.* Se pourrait-il aussi que le *fructus* fût exercé *sine usu?* Non; il faudrait toujours user de l'*usus, fructuum causâ,* et par conséquent la possession de liberté serait interrompue par rapport à l'*usus* comme par rapport au *fructus.* Mais si l'usufruitier n'exerçait que l'*usus,* le *fructus* pourrait-il s'éteindre? Telle est la question que la L. 20, D. VII, 4, résout par une distinction. Si, dit ce texte, l'usufruitier qui n'a exercé que l'*usus* a su qu'il était usufruitier, qu'il était investi de l'*usus* et du *fructus,* ces deux droits lui seront conservés; si au contraire il a ignoré qu'il eût aussi le *fructus,* ce dernier droit sera éteint. Au premier abord il semble difficile d'expliquer cette décision et de la rattacher à un principe général; on serait porté à admettre l'extinction du *fructus* plutôt pour le cas où l'usufruitier aurait connu son droit, que pour celui où il l'aurait ignoré, car s'il l'a connu et qu'il ne l'ait pas voulu exercer, on peut dire qu'il est présumé y avoir renoncé. La L. 20, D. VII, 4, nous prouve donc que la prescription extinctive ne repose pas sur une présomption de renonciation; et elle ne s'explique que par cette considération que dans les

servitudes personnelles comme dans les servitudes rurales, le propriétaire du fonds asservi se trouve dans la possession continue de liberté, mais que lorsque le fonds est grevé, l'exercice de la servitude, si incomplet qu'il soit, est une revendication du droit et une interruption de la possession de liberté. Or pour que l'exercice même incomplet de la servitude puisse avoir ce caractère d'une revendication du droit, il faut que celui qui exerce le droit, ait l'intention de l'exercer, par conséquent connaissance de son existence. Tel est, croyons-nous, le motif de la décision contenue dans la L. 20.

b. Dans la servitude *viae,* il se peut aussi que l'*iter* seulement soit exercé, et que l'*actus* ne le soit pas; il ne se pourrait pas que l'*actus* fût exercé sans l'*iter,* car l'*iter* est nécessaire à l'*actus,* de même que l'*usus* est nécessaire au *fructus.* La L. 2, D. VIII, 6, examine donc seulement la première hypothèse. Celui qui a l'*iter* et l'*actus,* dit cette loi, n'aura point perdu l'*actus,* quoiqu'il n'ait exercé que l'*iter* pendant le temps requis pour la prescription. Il est évident qu'il y a entre l'*iter* et l'*actus* le même rapport qu'il y a entre l'*usus* et le *fructus;* l'*iter* peut, de même que l'*usus,* constituer une servitude à part, et l'*iter* est renfermé dans l'*actus,* comme l'*usus* l'est dans le *fructus.* La distinction de la L. 20, D VII, 4, s'applique donc aussi à l'espèce de la L. 2, et cela étant, nous supposons, comment on le doit d'ailleurs à moins que le contraire ne soit exprimé, que la L. 2 se rapporte au cas où celui qui a exercé l'*iter* seulement, a pourtant su qu'il avait en même temps l'*actus;* car s'il avait cru seulement avoir l'*iter,* il aurait exercé le droit *quod putavit se habere,* et il n'aurait interrompu la possession de liberté qu'à l'égard de ce droit seulement, et non pas à l'égard de l'*actus* qui se serait éteint par le non-usage.

c. La question posée peut encore se présenter dans la servitude de puisage, *aquae haustus.* Celui qui a le *haustus* est allé pendant le temps requis à la fontaine, mais sans puiser de l'eau : aura-t-il conservé le *haustus,* ou l'*iter* seulement; ou bien n'aura-t-il conservé ni l'une ni l'autre de ses servitudes? Si le passage vers la fontaine était une partie intégrante du *haustus,* c'est-à-dire

s'il pouvait être exercé seul avec utilité pour le fonds dominant, il est évident que l'*iter* devrait conserver toute la servitude. Mais l'*iter ad fontem, per se,* sans puisage, n'est d'aucune utilité au fonds dominant; tandis que l'*iter* sans *actus* est encore utile, et forme encore un droit par lui-même, comme il est indiqué à la L. 2, D. VIII, 6, par ces mots : *nam ire quoque per se eum posse qui actum habet.* Il résulte de là que si celui qui a l'*iter* et l'*actus* conserve son droit de servitude en n'exerçant que l'*iter,* celui qui ayant la servitude *aquae hauriendae,* ne fait qu'aller vers la fontaine, sans y puiser de l'eau, n'exerce aucunement son droit de servitude; d'où cette conséquence, que son droit sera perdu pour le tout. L'*iter* vers une fontaine n'est rien, sans le *haustus;* l'*iter* n'est qu'un *adminiculum* du *haustus :* plus de principal, plus d'accessoire. Telle est la décision de la L. 17, D. VIII, 6.

122. A cause de l'indivisibilité des servitudes, il suffit qu'un seul des copropriétaires indivis du bien, ait exercé son droit, pour qu'il soit conservé pour le tout; il y a même des cas où le droit est conservé quoiqu'aucun ne l'exerce : c'est ce qui arrive lorsque parmi les copropriétaires il y a un pupille, ou une personne en faveur de laquelle la prescription demeure suspendue (L. 10, D. VIII, 6).

D'un autre côté, pour qu'une servitude qui s'éteint par le *non usus;* soit conservée, il n'est pas nécessaire que le propriétaire du fonds qui en jouit l'exerce par lui-même, il suffirait qu'une autre personne, un associé, un mandataire, un locataire, un usufruitier, un gérant d'affaires, même un hôte qu'on aurait reçu chez soi, eût exercé la servitude pour qu'elle fût conservée. Mais il faut toujours que les représentants l'exercent aussi comme un droit, et non d'une manière précaire (1). Il suffit aussi qu'un possesseur de bonne foi, et même un possesseur de mauvaise foi, sa possession fût-elle violente ou précaire, ait exercé la servitude comme étant due au fond, pour qu'elle lui soit conservée : *Fundus enim,* dit la L. 12, D. VIII, 6, *qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est, jus non deperit; neque refert juste, necne possideat, qui talem eum possidet.*

(1) L. 5, L. 6, L. 20, L. 24, D. VIII, 6; — L. 12, § 1, et § 2, D. VII, 1.

De ce que la servitude se conserve tant qu'elle est exercée au nom du concessionnaire, il suit que si deux personnes avaient sur le même fonds, l'une le droit de conduite d'eau telles heures du jour, l'autre le même droit à exercer telles autres heures, et que ces personnes eussent échangé les heures, elles auraient conservé leurs droits, car l'une aurait exercé la servitude *aquae hauriendae* au nom de l'autre (L. 5, § 1, D. XLIII, 20).

Quant à l'usufruit, il est à remarquer qu'il est conservé, non seulement par cela que l'acheteur l'exerce, car l'acheteur ne l'exerce qu'au nom de l'usufruitier sur le chef duquel il ne cesse d'être constitué, mais au cas même où l'usufruitier a vendu l'usufruit et que l'acheteur ne l'exerce point. Le motif en est que le vendeur sur le chef duquel repose l'usufruit, est, par cela seul qu'il jouit du prix, censé jouir de la chose : *Quia qui pretio fruitur,* dit la L. 39, D. VII, 1, *non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.* — Il en serait autrement, continue la L. 40, D. *eod.*, si l'usufruitier avait fait donation de l'usufruit; dans ce cas, si le donataire ne jouit pas de la chose, il y a *non usus* et l'usufruit s'éteindra : *Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.*

Si l'usufruit se conserve tant qu'il est exercé au nom de l'usufruitier; s'il se conserve même par cela seul que l'usufruitier qui a vendu l'usufruit jouit du prix, il s'éteint cependant lorsqu'un tiers acquéreur de la chose exerce la jouissance en son propre nom. Le propriétaire d'un fonds prend l'usufruit de ce fonds en location, puis il vend tout le fonds sans faire réserve de l'usufruit : l'usufruit me sera-t-il conservé par cet acheteur? — La L. 29, D. VII, 4, répond négativement. Je perdrai mon droit, dit-elle, dussé-je continuer à recevoir le loyer, car l'acheteur exerce l'usufruit non pas au nom de l'usufruitier, mais en son propre nom.

123 Les servitudes urbaines sont, comme nous l'avons vu, ou des servitudes négatives, *S. non faciendi seu prohibendi,* ou bien des *S. habendi.* Elles se distinguent toutes par cela qu'elles sont susceptibles d'une possession continue. Dans les servitudes *non faciendi,* cette possession est non-apparente et consiste dans le *non facere* du propriétaire du fonds asservi. Ainsi lorsque j'ai acquis

la *S. non altius tollendi,* je possède cette servitude aussi longtemps que le voisin n'a pas élevé son édifice; mais dès l'instant qu'il pose un fait contraire à la servitude, il récupère la possession de liberté (L. 6, D. VIII, 2).

Dans les *servitutes habendi* au contraire la possession consiste dans l'existence d'une œuvre avancée sur le fonds asservi; aussi longtemps qu'existe l'œuvre, la possession se continue (L. 20 et L. 28, D. VIII, 2); dès que l'œuvre aura été supprimée, la possession de liberté commencera, et la servitude s'éteindra par le laps de temps requis, si auparavant l'œuvre n'est point rétablie (L. 6, D. VIII, 2). Cependant, si malgré la disparition de l'œuvre que le propriétaire du fonds dominant aurait opérée sur son fonds, la servitude était de telle nature que le fonds assujetti portât encore des traces d'assujettissement, il faudrait que le propriétaire du fonds asservi eût fait disparaître ces traces, pour qu'il pût usucaper la liberté de son fonds. J'ai la *S. ne luminibus officiatur;* si je bouche mes fenêtres, le propriétaire du fonds asservi ne se trouvera pas pour cela dans la possession de liberté; il faut de plus qu'il ait fait *aliquid novi,* il faut qu'il ait fait des constructions qui m'empêcheraient d'avoir le jour si je voulais le reprendre (même L. 6). J'ai la *S. tigni immittendi,* il ne suffit pas que j'ôte les poutres ou solives qui reposent sur la construction du voisin, il faut en outre que ce voisin bouche les trous dans lesquels ont reposé les poutres; ce ne sera qu'après avoir posé cet acte qu'il pourra usucaper la liberté de son fonds. J'ai la *S. stillicidii,* ma maison est démolie ou tombée en ruine : cela ne suffit pas pour que la servitude s'éteigne, il faut que le voisin ait fait des constructions sur la place qu'il devait laisser libre pour recevoir les eaux de gouttière (L. 20, §§ 2 et 3, D. VIII, 2).

124. Dans tous les cas où un fait est requis de la part du propriétaire du fonds asservi à l'effet d'usucaper la liberté, dans les cas où il faut, comme le dit la L. 6, D. VIII, 2, *aliquid novi,* il faut aussi que le propriétaire de ce fonds, qui invoque l'*usucapio libertatis,* ait possédé le fonds comme libre pendant le temps requis; s'il avait cessé de le posséder, l'*usucapio libertatis* serait interrompue. Mais ici comme dans la prescription acquisitive de

la propriété, il y a lieu à l'*accessio temporis* dont nous traiterons plus loin. — La continuité de la *possessio libertatis* est fondée sur la L. 32, § 1, D. VIII, 2, qui dispose comme suit : si celui dont le fonds est grevé de la *S. non altius tollendi,* a élevé ses constructions, mais qu'il ait cessé de les posséder avant le temps requis, sa prescription est interrompue. — C'est cette condition de la possession de la chose comme libre qui explique la décision de la L. 18, § 2, D. VIII, 6, que nous avons expliquée plus haut; l'édifice grevé de la *S. tigni immittendi* tombe en ruine, il n'est pas reconstruit pendant le temps de la prescription : je n'aurai pas perdu mon droit, car le voisin n'ayant pas possédé sa maison, n'a pu la posséder comme libre.

Enfin la bonne foi est aussi requise de la part de celui qui pour usucaper la liberté du fonds est obligé de poser un fait nouveau, *aliquid novi;* elle est requise du moins au commencement, au moment où ce fait est posé, de même qu'elle est requise dans l'acquisition des servitudes, qui commence aussi toujours par un fait positif de *quasi possessio.* La bonne foi requise dans l'*usucapio libertatis* consiste, soit dans la croyance que le fonds n'a jamais été asservi, soit dans la croyance plausible que le propriétaire du fonds dominant a renoncé à son droit (1).

S'agit-il de servitudes négatives, *S. non faciendi,* par exemple j'acquiers un fonds grevé de la *S. non altius tollendi,* je ne vois aucune trace de servitude, j'élève des constructions, ma bonne foi repose déjà dans ce cas sur mon droit de propriété, qui toujours est présumé libre, et elle se corrobore par la publicité et le caractère paisible et non précaire de l'œuvre, du fait qui empêche l'exercice de la servitude. S'agit-il de *S. habendi,* ma bonne foi repose sur la publicité de l'œuvre que j'entreprends contrairement à la servitude, si cette œuvre d'ailleurs ne rencontre pas d'opposition et n'a aucun caractère précaire. Par ce fait j'entre dans la possession de liberté *nec vi, nec clam, nec precario,* ce qui fait présumer l'assentiment du propriétaire intéressé à ce que l'œuvre ne soit pas posée.

(1) Comp. Voet, *Pand.*, VIII, 6, n° 11, et Hoffmann, p. 206.

La prescription de la servitude *per usucapionem libertatis* se fonde donc sur la présomption de renonciation, comme la prescription de la propriété, et à la différence de la prescription par le *non usus,* qui repose sur le *non usus* seul.

Bien que la bonne foi soit généralement requise par les auteurs, il y en a cependant qui contestent ce point, et l'on oppose à l'opinion que nous adoptons la L. 32, D. VIII, 2. Mon fonds est grevé de la servitude *non altius tollendi* au profit du fonds de Titius et de Mévius. Titius m'accorde *precario* permission d'exhausser mes constructions. Je ne pourrai prescrire contre Titius, dit la loi, à cause du *precarium,* mais bien contre Mévius. De là on conclut que la bonne foi n'est pas requise; mais il n'est pas dit dans la loi que j'ai eu connaissance aussi de la servitude consentie à Mévius. Cette loi ne prouve donc pas que la bonne foi ne soit pas requise, tandis que l'analyse de l'*usucapio servitutis* nous force à l'admettre.

L'*usucapio libertatis* repose donc comme l'usucapion de la propriété sur la *continua possessio* et sur la bonne foi; on pourrait dire même que cette *usucapio* a son *justus titulus,* qui en définitive se trouve dans le droit de propriété, laquelle est présumée libre. Du reste la bonne foi n'a pas besoin d'être prouvée; c'est à celui qui la conteste à prouver que l'acte contraire à la servitude, que l'acte revendicatoire de la liberté a été posé *vi, clam* ou *precario* (L. 1, C. III, 34).

125. Dans l'ancien droit les servitudes personnelles, l'*habitatio* et les *operae servorum* exceptés, se perdaient par le *non usus* d'un ou de deux ans, selon que l'objet était un meuble ou un immeuble. Les servitudes réelles se perdaient par le non-usage ou par l'*usucapio libertatis* de deux ans. Dans la prescription extinctive on admet, quant au temps, les règles de l'usucapion de la propriété, bien qu'après la loi *Scribonia* il fallût dix ou vingt ans pour la prescription acquisitive.

Sous Justinien (L. 13, C. III, 34) le temps requis pour la prescription extinctive des servitudes est aussi de dix ans entre présents, vingt ans entre absents, sauf ce qui sera dit plus loin touchant la prescription de quelques servitudes alternatives. On

se demande si le temps doit se compléter *civiliter* ou *naturaliter*. Pour l'*usucapio libertatis*, il n'y a pas de doute que le temps doit se computer *civiliter*, c'est-à-dire que le dernier jour, dès qu'il est commencé, est censé accompli. Mais pour le *non usus*, qui a plutôt le caractère d'une prescription extinctive, il paraît plus rationnel de compter le temps *naturaliter, a momento ad momentum*, c'est-à-dire que le dernier jour de la prescription doit être accompli, *ut novissimus dies impleatur*.

On s'est demandé encore si l'usufruit des choses mobilières s'éteint par le *non usus* de trois ou de dix et vingt ans. Pour la première opinion on cite la L. 1, C. VII, 31, où il est dit : *Si quis alienam rem mobilem in quacunque terra, sive in Italica, sive in provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo jure eam possideat quasi per usucapionem acquisitam*. Cependant les L. 13 et 16, C. III, 33, ne permettent pas d'étendre à l'usufruit la L. 1, C. VII, 31, qui d'ailleurs n'a pour objet que la prescription de la propriété. En effet, dans les L. 13 et 16, il est fait mention de la distinction admise par l'ancien droit entre l'usufruit mobilier et immobilier, et après cela la L. 13 déclare formellement : *Ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio sed decennio vel viginti spatio annorum*. Donc la distinction est abolie et le temps de la prescription est généralement de dix et de vingt ans.

Cependant pour certaines servitudes, qu'on appelle alternatives, parce qu'elles ne s'exercent qu'à des époques et après des intervalles déterminés, il n'en est pas ainsi : si les intervalles sont d'un mois au moins, le temps de la prescription est doublé, sans qu'il puisse toutefois dépasser vingt ans; donc il n'y a pas de différence dans le délai, que les parties soient présentes ou absentes. Cela résulte de la généralité des termes de la L. 14, C. III, 34. Si les intervalles ne sont que de quelques heures ou de quelques jours, on reste dans la règle et la servitude se perd après dix ou vingt ans de non-usage.

Enfin remarquons, quant au temps, que si le fonds auquel la servitude est due ne s'acquiert lui-même que par la *longissimi*

(1) L. 15, D. XLIV, 3; — L. 6, L. 7, D. XLI, 3; — L. 46, D. XLIV, 7.

temporis prescriptio, il doit en être de même de la servitude qui ne se perdra alors que par la prescription extraordinaire.

126. Pour que la prescription extinctive puisse commencer à courir, il faut que la servitude ait été constituée, c'est-à-dire qu'elle ait été exercée. Avant qu'elle ait été constituée, celui à qui elle a été consentie ou léguée, a une action *ex stipulatu* ou *ex testamento,* pour en demander la délivrance, action qui ne se prescrit que par trente ans. Si, en vendant la partie d'un fonds, dit la L. 19, D. VIII, 6, je me suis réservé le droit de conduire l'eau de cette partie pour l'irrigation de celle qui me reste, et si pendant le temps de la prescription je n'ai point fait d'irrigation, je n'aurai pas perdu ma servitude; mais si j'avais exercé la servitude et que j'eusse ensuite cessé de l'exercer, la servitude serait éteinte. En effet, pour qu'il y ait extinction de la servitude, il faut d'abord qu'il y ait servitude. Or sans *quasi-traditio,* sans exercice du droit, il n'y a pas de servitude. Ainsi toute prescription extinctive requiert comme première condition que la servitude ait été exercée.

Par conséquent dans le *non usus* cette prescription commencera à partir du dernier acte d'exercice; dans l'*usucapio libertatis,* à partir du fait nouveau posé par le propriétaire du fonds asservi pour revendiquer sa liberté (L. 6, D. VIII, 2).

127. Le temps de la prescription extinctive doit être continu : en d'autres termes, ni le *non usus,* ni l'*usucapio libertatis* ne peuvent être interrompus. Or chaque acte d'exercice est une interruption du *non usus;* c'est pourquoi, tant que la servitude n'est pas éteinte, le *non usus* ne commence à courir qu'à partir du dernier acte d'exercice. Quant à l'*usucapio libertatis,* elle est interrompue par la perte de la possession du fonds qui était en condition de devenir libre : *Si is qui altius aedificatum habebat,* dit la L. 32, § 1, D. VIII, 2, *ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est.*

Mais si le temps de la prescription extinctive doit être continu, il y a cependant lieu à l'*accessio temporis,* c'est-à-dire que le propriétaire du fonds asservi, lorsqu'il s'agit d'une servitude qui s'éteint *non usu,* peut se prévaloir non seulement du temps pen-

dant lequel le possesseur actuel du fonds dominant n'a pas exercé la servitude, mais aussi du temps pendant lequel la servitude ne fut pas exercée par son auteur : *Tempus quo non est usus praecedens fundi dominus imputatur ei, qui in ejus loco successit,* dit la L. 18, § 1, D. VIII, 6.

S'agit-il de l'*usucapio libertatis,* l'*accessio temporis* consiste en ce que le possesseur de la chose sur laquelle un fait nouveau a détruit la *possessio servitutis,* peut joindre au temps de sa possession de liberté, celle de son auteur, pour parfaire le temps requis. Toutefois il y a sur ce dernier point controverse. Pas de doute que la L. 18, § 1, D. VIII, 6, que nous venons de citer, consacre l'*accessio temporis* quand il s'agit de *non usus.* Mais la L. 32, § 1, D. VIII, 2, semble la repousser dans un cas où il s'agit de *l'usucapio libertatis.* Cette loi, que nous avons déjà citée pour montrer que dans l'*usucapio libertatis* la possession de liberté doit être continue, après avoir dit que celui qui a élevé sa construction et qui a ainsi revendiqué la liberté contre la *S. non altius tollendi,* interrompt l'*usucapio libertatis* s'il cesse de posséder la maison, ajoute que partant le nouveau possesseur doit de rechef commencer une prescription nouvelle. A cause de ce texte plusieurs jurisconsultes avaient admis l'*accessio temporis* seulement dans le *non usus* et non pas dans l'*usucapio libertatis;* mais cette conclusion n'est nullement justifiée, car dans la L. 32 il n'y a pas de succession dans la possession, le second possesseur ne tient pas ses droits du premier; cela résulte des mots *possidere desiit,* et *possidere coeperit;* par conséquent dans cette espèce la possession ne pouvait être qu'interrompue, et il ne pouvait y avoir lieu à *accessio temporis,* puisque celle-ci requiert succession à titre universel ou particulier, et exige en outre, si elle est à titre universel, que l'auteur ait interverti la *possessio servitutis* en *usucapio libertatis* de bonne foi, et si elle a lieu à titre particulier, que l'auteur et le successeur aient été de bonne foi quant au fait qui a interverti la *possessio servitutis* (Arg. de la L. 3, § 2, D. XLIII, 19). Par conséquent la L. 32, D. VIII, 2, n'est nullement opposée à la L. 18.

128. Lorsqu'une chose est imprescriptible, comme la chose appartenant au pupille ou le fonds dotal, elle ne peut être acquise ni

perdue par la prescription ordinaire; donc la servitude établie au profit d'une telle chose ne saurait non plus se perdre par cette prescription (1).

Il y a aussi des servitudes qui à raison de leur nature ne sont pas susceptibles de s'éteindre par le non-usage. Tels sont :

1° Le quasi-usufruit; car dans le quasi-usufruit il n'y a pas de droit réel distinct du droit de propriété; le quasi-ufruitier devient propriétaire, à la charge de rendre des choses de mêmes qualité et quantité. Par le même motif, la consolidation ne se conçoit pas non plus en matière de quasi-usufruit.

2° L'usufruit qui a été légué *alternis annis*. En effet, d'après la L. 28, D. VII, 4, chaque année un nouvel usufruit est censé commencer. Dix années de non-jouissance n'éteignent donc que l'usufruit de la première année, et laissent subsister celui de la seconde et des années subséquentes. Si cependant tout le legs avait été contesté à pareil légataire, son droit s'éteindrait après un laps de trente ans, à partir de la contestation (Glück, IX, p. 378).

3° L'*habitatio* et les *operae servorum*. Le motif pour lequel ces servitudes ne s'éteignent pas par le non-usage, c'est que ces legs sont censés faits *in singulos dies* et constituer autant de legs qu'il y a de jours, de manière que le *non usus* n'a d'effet que pour le temps qu'il a duré.

4° Enfin l'*iter sepulcro debitum* (L. 4, D. VIII, 6).

129. Sur l'extinction des servitudes par prescription Justinien a émis deux constitutions qui ont fait naître de nombreuses difficultés.

La première est la L. 16, C. III, 33. Cette constitution relative à l'usufruit, décide une controverse de l'ancien droit en même temps qu'elle prolonge le temps de la prescription. Il est d'une jurisprudence incontestée, dit Justinien, que l'usufruit s'éteint par la mort naturelle et civile, ainsi que par le non-usage; mais ce qui a fait doute, c'est de savoir si l'action *ex testamento* du légataire d'un usufruit, si l'*actio ex stipulatu* de celui qui a stipulé un usufruit, en un mot si l'action personnelle en délivrance d'un usufruit s'éteint comme l'usufruit lui-même, si cette action s'éteint

(1) L. 28, D. L, 17; — L. 10, D. VIII, 6; — L. 6, D. XXIII, 5. — Nov. 131, c. 6.

par cela que pendant deux ans elle n'a pas été exercée. Et Justinien, pour faire cesser cette controverse, décide que ni l'action personnelle ni l'usufruit ne s'éteindront par l'espace d'un ou deux ans; puis revenant au cas où l'usufruit a été acquis, c'est-à-dire non pas seulement dû en vertu d'un contrat ou d'un testament, mais constitué : *Usumfructum quem sibi quis acquisivit,* il ajoute cette réserve : à moins qu'on n'oppose à l'usufruitier une exception, telle, qu'elle le repousserait alors même qu'il revendiquerait la propriété : *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere.* Remarquons que cette loi est de l'an 530, que par conséquent elle a été émise un an avant la L. 1, C. VII, 31, et que dès-lors l'exception dont Justinien fait mention, et qui doit prolonger le temps pendant lequel l'usufruit pourra être revendiqué, n'est autre que l'exception de dix ou vingt ans. Selon nous il résulte donc de cette loi, que l'opinion qui voulait soumettre l'action personnelle à la prescription du *non usus* est rejetée; que par conséquent cette action demeure soumise à la prescription ordinaire des actions civiles, qui est de trente ans; car Justinien, quand il parle de la prescription de dix ou vingt ans, n'a en vue que l'usufruit constitué.

La seconde constitution, la L. 13, C. III, 34, porte : Considérant que le temps, pendant lequel se prescrit l'usufruit, a déjà été étendu par nous jusqu'à dix et vingt ans (ce qui évidemment se rapporte à la constitution précédente), nous voulons qu'il en soit de même à l'égard des autres servitudes, de manière que toutes les servitudes s'éteindront par un non-usage, non de deux ans, mais de dix ans entre présents et de vingt entre absents, afin qu'il y ait de l'unité dans cette matière : *Ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes; — ut sit in omnibus hujus modi rebus causa similis, explosis differentiis.*

On s'accorde généralement sur un point, c'est que Justinien par les constitutions citées a voulu prolonger le temps, autrefois si court, de l'extinction des servitudes par prescription, sans excepter même du changement l'usufruit des choses mobilières. Mais a-t-il voulu aller au-delà, a-t-il voulu introduire d'autres change-

ments concernant les conditions intrinsèques de cette prescription? La plupart des auteurs pensent le contraire, sans s'accorder cependant sur tous les points de la solution à donner à cette question. Quelques-uns, en se basant sur les expressions finales de la L. 16, C. III, 33, *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere,* ont conclu de là que Justinien avait exigé, outre le *non usus,* que le propriétaire au profit duquel l'usufruit se serait éteint, se fût trouvé dans la détention de la chose pendant tout le temps que l'usufruitier ne jouissait pas; nous disons *détention,* car l'usufruitier, bien qu'il soit *juris possessor,* n'est qu'un détenteur de la chose, le propriétaire la possède, et l'abandon du détenteur ne fait pas perdre la possession au possesseur (1).

Mais cette conséquence ne saurait être admise. 1° Justinien en s'exprimant ainsi n'a voulu autre chose qu'appliquer à l'extinction de l'usufruit le temps requis pour l'acquisition de la *longi temporis possessio.* S'il avait voulu changer les conditions du *non usus,* il ne se serait pas exprimé à la L. 13, C. III, 34, comme il l'a fait. Dans cette L. 13, qui est le complément de la L. 16, C. III, 33, en ce que la prolongation du temps d'abord exigé pour l'extinction de l'usufruit est également étendu aux autres servitudes, Justinien rappelant le changement introduit à la L. 16, dit : de même que par une constitution antérieure nous avons aboli la législation d'après laquelle l'usufruit pouvait s'éteindre par le *non usus* d'un ou de deux ans, et avons exigé un espace de dix ou vingt ans, ainsi nous requérons pour l'extinction de toutes autres servitudes par le *non usus,* un espace de dix et vingt ans. Voilà l'interprétation qu'il donne lui-même de la L. 16.

A cet argument tiré de la L. 13, ajoutons que 2° l'interprétation que nous combattons est repoussée par des textes du Digeste, et notamment par la L. 10, D. XLIII, 16 : le propriétaire et l'usufruitier ont été l'un et l'autre chassés par un spoliateur; l'usufruit, dit la loi; s'éteint par le *non usus,* soit que le propriétaire ait revendiqué ce fonds, soit qu'il ne l'ait point fait. Or

(1) L. 6, § 2, D. XLIII, 24; — L. 3, § 8 et § 9, D. XLI, 2; — MUHLENBRUCH, § 294, note 10; — GLUCK, *Pand.* IX, p. 370-373. — V. plus haut, *De la perte de la possession.*

comme cette loi déclare l'usufruit éteint dans l'hypothèse même où le propriétaire n'aurait pas revendiqué, il s'ensuit que l'usufruit s'éteint par le *non usus*, alors même que le propriétaire n'aurait pas été détenteur.

Cependant, pour défendre la nécessité de cette possession, on cite encore le § 3, Inst. II, 4, ainsi conçu : *finitur ususfructus non utendo per modum et tempus; quae omnia nostra statuit constitutio*, et on argumente du mot MODUS. S'il était démontré d'ailleurs que la détention du propriétaire fût nécessaire, nous ne contesterions pas que le mot *modus* ne pût s'y rapporter, bien que l'expression fût singulière. Mais le *modus* se rapporte plus naturellement à la manière dont la jouissance doit cesser, qu'à une prétendue *usucapio libertatis*. Pour trouver le sens de ce mot, il suffit de se rappeler que l'usage de la servitude sans intention d'exercer un droit, par exemple l'usage qu'on ferait d'un chemin, croyant que ce chemin est public, est assimilé au non-usage; que le mode de l'exercice de la servitude peut aussi l'éteindre, lorsque ce mode est tellement différent du titre, qu'il constitue une servitude nouvelle. C'est ainsi que celui qui ayant eu le droit de conduite d'eau pendant la nuit, a conduit l'eau pendant le jour, aurait perdu la première servitude, et acquis la seconde. Ce texte des Institutes ne prouve donc rien en faveur de l'opinion que nous rejetons.

D'autres jurisconsultes étaient allés plus loin; après avoir une fois admis que l'*usucapio libertatis* était requise pour l'extinction de l'usufruit, par la L. 16, ils en ont conclu que cette *usucapio libertatis*, la possession du fonds asservi était requise aussi dans les servitudes rurales, à cause de la L. 13, qui dans ce système aurait voulu que toutes les servitudes s'éteignissent de la même manière. Cette opinion doit être rejetée avec la première et pour les mêmes motifs; car enfin et la L. 16 et la L. 13 ne se rapportent qu'au temps et non pas aux conditions intrinsèques de la prescription extinctive. Du reste cette opinion a contre elle tous les fragments du Digeste, où les servitudes rurales, à la différence des servitudes urbaines, sont dites s'éteindre par le *non usus*, entre autres la L. 6, D. VIII, 2.

Enfin il y a d'autres auteurs qui des mots : *Ut omnes servi-*

tutes non utendo amittantur, non biennio sed decennio vel viginti annorum spatio, ont voulu conclure au contraire que toutes les servitudes urbaines s'éteignaient par le simple *non usus,* et que la possession de liberté, la possession du fonds, n'était plus requise. Cette opinion se réfute par les mêmes considérations que l'opinion précédente : à la L. 13 comme à la L. 16, il n'est question que du temps; et si Justinien, à la L. 13, C. III, 34, se sert du mot *non utendo,* qu'il applique à toutes les servitudes en général, c'est qu'en général dans la prescription de toutes les servitudes il y a un *non uti,* quoique dans les servitudes urbaines le *non uti* ne suffise pas; et tel est le motif pour lequel il dit : *Non utendo amittantur, non biennio sed decennio vel viginti annorum spatio;* du reste la L. 6, D. VIII, 2, et d'autres textes du Digeste se trouveraient également en opposition avec le Code. Or c'est ce qu'on ne saurait admettre; car dans la pensée de Justinien, le Digeste et le Code devaient faire un seul corps de droit.

On s'est demandé aussi si en vertu de la L. 16 l'action personnelle *ex testamento, ex stipulatu, ex emto,* est soumise à la prescription de dix ou vingt ans. Or nous avons vu que Justinien se borne à décider par rapport à cette action qu'elle ne s'éteint pas par un ou deux ans. Il la laisse par conséquent soumise à la prescription des actions personnelles, qui est de trente ans.

Il résulte de cette discussion, que Justinien n'a rien fait que prolonger le temps requis pour l'extinction des servitudes par prescription. Par conséquent, de même que dans l'ancien droit, les servitudes urbaines ne s'éteignent que par l'*usucapio libertatis,* les servitudes rurales et personnelles par le simple *non usus,* distinction d'ailleurs consacrée par les nombreux passages du Digeste que nous avons analysés et dont la réception dans le corps de droit serait inexplicable si dans tous les autres points, le temps seul excepté, l'ancien droit n'était demeuré en vigueur.

130. Il nous reste à parler, pour terminer la matière de l'extinction des servitudes, de quelques modes d'extinction particuliers aux servitudes personnelles.

Excepté les *operae servorum,* les servitudes personnelles s'éteignent par la mort naturelle de celui au profit de qui elles ont été établies.

Lorsqu'un usufruit est légué à une personne et à ses héritiers, ce mot *héritiers* qui comprend ordinairement les héritiers des héritiers (L. 65, D. L, 16), demeure restreint aux héritiers directs de la personne. C'est ce que décide Justinien par une de ses cinquante décisions, la L. 14, C. III, 33. Avant lui il y avait sur ce point controverse; les uns voulaient que l'usufruit légué à une personne et à ses héritiers, fût regardé comme nul, parce qu'un tel legs était considéré comme incompatible avec la réserve de la propriété; d'autres, que la disposition produisit ses effets. Justinien a consacré cette dernière opinion, en limitant l'usufruit aux héritiers immédiats du légataire. Toutefois l'usufruit légué à une personne et à ses héritiers, ainsi restreint aux héritiers directs, constitue virtuellement deux usufruits distincts et successifs. De là plusieurs conséquences :

1° Si la personne à laquelle l'usufruit a été légué, meurt avant le testateur, les héritiers de cette personne, s'ils vivent encore au moment de l'acceptation de la succession, pourront réclamer l'usufruit, par ce motif qu'ils le recueillent de leur propre chef et non par transmission.

2° Les héritiers au profit desquels l'usufruit est légué doivent aussi exister déjà au moment du legs, et doivent être capables; en d'autres termes, ce n'est qu'aux héritiers existant alors et étant capables au moment du legs que l'usufruit pourra être légué.

3° Si l'usufruit avait été recueilli par le légataire, les héritiers qui commenceront à jouir après le décès du légataire, devront de nouveau donner caution.

131. Ainsi, même au cas où l'usufruit est légué à une personne et à ses héritiers, l'usufruit ne se transmet pas aux héritiers, mais dans la personne de ceux-ci commence un usufruit nouveau. Du reste, sans une disposition formelle, sans que le testateur ait clairement manifesté son intention, l'usufruit n'est pas recueilli par les héritiers de celui à qui il a été laissé, quand même il n'aurait pas pu s'établir dans la personne de l'auteur. Un testateur a chargé son héritier de donner à Gaius après dix ans, un certain fonds, moins l'usufruit; cet héritier meurt avant que les dix ans soient écoulés : de là la question de savoir si après les dix ans,

le légataire Gaius aura droit au fonds et à l'usufruit, ou à la nue-propriéte seule. Au premier abord, il semble que le légataire de la nue-propriété ayant acquis, à partir du décès du testateur, un droit irrévocable et transmissible, l'usufruit devrait être considéré comme éteint dans la personne de l'héritier, et que par conséquent le légataire Gaius aurait droit à tout le fonds, y compris l'usufruit. Au fond il en est ainsi, le légataire aurait droit à la pleine propriété; mais à la L. 26, D. XXXIII, 2, Paul s'attache à montrer que ce n'est pas par le motif que nous venons d'énoncer, que ce n'est pas parce que l'usufruit sera éteint dans la personne de l'héritier. Il est bien vrai que depuis le décès du testateur, le droit du légataire de la nue-propriété est irrévocablement acquis, et transmissible; mais il n'est pas moins vrai que l'héritier, avant l'arrivée du terme, est propriétaire, qu'il a par conséquent la pleine propriété, et qu'il la conserve jusqu'à ce que par l'exécution de l'obligation qui lui est imposée, il ait transporté la nue-propriété au légataire et retenu l'usufruit. Or, comme l'héritier est mort avant cette époque, il est évident que la *detractio*, la retenue de l'usufruit n'a pu avoir lieu, c'est-à-dire que l'usufruit n'a pu exister dans sa personne comme droit distinct, et par conséquent qu'il n'a pu s'éteindre ou retourner comme éteint à la propriété : *Sed ususfructus (formalis) nondum est heredis : nisi cum dominium deducto usufructu, praestitit; et ideo capitis diminutione vel morte perire non potest, quod nondum habuit.* C'est pourquoi le jurisconsulte dit qu'on se trouve devant une question d'intention; que d'après cela il faut dire dans l'espèce que le testateur n'a songé qu'à l'usufruit dont l'héritier ferait la retenue, et non pas à celui dont la retenue aurait été faite par l'héritier de l'héritier, lequel, dit la loi, ne doit pas recueillir plus au cas où son auteur n'a pas fait la retenue de l'usufruit, qu'il n'eût recueilli si son auteur avait fait cette retenue. Donc le légataire de la nue-propriété aura droit à la nue-propriété et à l'usufruit, qui est toujours renfermé dans la propriété si on ne démontre qu'il en a été détaché.

Il en serait de même si j'avais stipulé de Titius le fonds Cornélien, à condition que Titius en conservât l'usufruit : si Titius meurt avant de m'avoir livré la nue-propriété, c'est aussi une

question d'intention, dit Africanus à la L. 36, D. VII, 1, que de savoir si le promettant Titius a réservé l'usufruit à tout événement pour lui ou son héritier, ou s'il l'a réservé seulement pour sa personne; dans le doute la réserve doit être restreinte à la personne de Titius.

132. A la mort naturelle est assimilée la mort civile, c'est-à-dire la *magna* et la *media capitis diminutio* (L. 209, D. L, 17), la perte de la liberté et de la cité. Avant Justinien toute *capitis diminutio,* même le *minima* éteignait les servitudes personnelles. Autrefois le citoyen *sui juris* qui se faisait arroger perdait tous ses droits; mais Justinien a permis l'exercice de ses droits à l'*arrogator*. Le fils de famille aussi qui avait un usufruit dans son *peculium castrense,* perdait son usufruit s'il était émancipé. La L. 16, § 2, C. III, 33, a changé cet état de choses en déclarant que l'usufruit et les servitudes ne s'éteindraient plus par la *minima capitis diminutio*. Donc l'émancipé conservera l'usufruit qu'il avait sous puissance.

133. L'usufruit se perd-il par abus de jouissance? Quelques auteurs l'ont cru, mais à tort. La L. 1, § 5, D. VII, 9, est formelle à cet égard. En cas d'abus de jouissance de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut intenter l'*actio ex stipulatu* pour obtenir des dommages-intérêts; mais l'abus n'entraîne pas la perte du droit. C'est en vain qu'on argumente des mots *per modum et tempus* de la L. 16, C. III, 33; nous en avons déjà expliqué la signification. D'ailleurs cette déchéance en principe serait inique, puisque l'usufruitier doit donner caution de jouir en bon père de famille; par conséquent les intérêts du propriétaire sont suffisamment garantis par la poursuite immédiate.

Notre Code a admis la déchéance en cas d'abus, mais avec des réserves. Le juge *pourra* suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants-cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser.

DES ACTIONS RELATIVES AUX SERVITUDES.

Sommaire.

134. De l'action par laquelle on revendique la servitude d'un fonds. — Par qui et contre qui cette action peut être intentée.
135. Objet de l'action confessoire, et preuve à fournir par le demandeur.
136. De l'action par laquelle on revendique la liberté de son fonds contre toute entreprise qui indique la pensée d'exercer une servitude.
137. Est-ce au demandeur à prouver que sa propriété est libre, ou bien la propriété prouvée, est-ce au défendeur de prouver la servitude? — Controverse.
138. Examen des textes dont on se prévaut pour prétendre que le demandeur doit donner la preuve de la liberté de son fonds, si le défendeur est en possession de la servitude.
139. Même question en droit moderne.
140. Les interdits possessoires s'appliquent-ils à toute servitude indistinctement? — Ils s'appliquent aux servitudes personnelles.
141. Pour les servitudes prédiales il ne peut être question que de l'interdit *uti possidetis*, encore faut-il distinguer les servitudes urbaines, et ultérieurement les *S. habendi*, auxquelles cet interdit s'applique, des *S. faciendi* auxquelles il ne s'applique pas.
142. Quant aux servitudes rurales, plusieurs sont protégées par des interdits spéciaux.
143. Les autres sont-elles protégées par des actions possessoires? — Doit-on dire avec quelques auteurs que l'interdit *uti possidetis* s'applique à toutes les servitudes, excepté à celles que munissent des interdits spéciaux? — Doit-on dire avec d'autres qu'il n'y a en matière de servitudes d'autres interdits que ceux spécialement établis pour quelques servitudes rurales?
144. Résumé des n°s 140-143.
145. Contre qui les actions possessoires peuvent être intentées.

---

134. L'action par laquelle on revendique un droit de servitude, est l'*actio confessoria*. Elle est donnée à celui qui jouit d'une servitude personnelle, comme à celui qui a le droit de propriété sur le fonds dominant. Elle est donnée aussi *utiliter* à l'emphytéote et au superficiaire, puisqu'ils exercent tous les droits de propriété,

ainsi qu'au créancier hypothécaire qui le cas échéant est appelé à exercer le droit du débiteur. Elle n'est donnée à l'usufruitier que lorsqu'on lui conteste son droit d'usufruit, lorsqu'on l'empêche de l'exercer. Si on a seulement mis obstacle à l'exercice d'une servitude attachée au fonds usufructuaire, il ne pourra pas intenter l'action confessoire, mais il revendiquera l'usufruit dans lequel il est troublé. C'est au nu-propriétaire seul à revendiquer la servitude. On admettra cependant l'usufruitier à intenter l'action au nom du propriétaire (1).

La *confessoria* s'intente contre celui qui pose un fait portant atteinte et obstacle à l'exercice du droit de servitude; elle est donnée contre le propriétaire du fonds asservi qui ne permet pas l'exercice plein et entier du droit, et contre tout possesseur du fonds qui entraverait l'exercice de la servitude; enfin contre tout tiers qui revendiquerait un droit incompatible avec l'existence de la servitude (2).

Pour pouvoir intenter l'*actio confessoria,* il importe peu qu'on se trouve encore en possession du droit de servitude ou que la possession soit perdue; il suffit qu'on démontre son droit contre l'auteur du trouble. Il n'en est donc pas de la revendication de la servitude comme de celle de la propriété, qui ne se conçoit pas de la part de celui qui possède la chose (§ 27, Inst. IV, 6. — L. 5, § 7, D. VII, 6).

135. L'action confessoire a pour objet : De faire disparaître ce qui fait obstacle à l'exercice de la servitude, avec dommages-intérêts (3). S'agit-il d'ouvrages qui ont formé obstacle à l'exercice de la servitude, on peut en demander la suppression avec dommages et intérêts. Cependant si les constructions ont été faites de bonne foi et à l'escient du propriétaire du fonds dominant, qui les a laissé élever sans y former opposition, l'action confessoire n'aura pour objet que des dommages-intérêts sans que la démolition des ouvrages puisse être exigée (n° 117).

(1) L. 16, D. VIII, 1; — L. 3, § 3; — L. 9, D. XXXIX, 1; — L. 1, § 9, D. XLIII, 18.
(2) L. 5, § 1, D. VII, 7; — L. 4, § 5; — L. 10, § 1, D. VIII, 5.
(3) L. 4, § 1; — L. 6, § 6; — L. 18, D. VIII, 5.

Si l'action confessoire est intentée par l'usufruitier, elle peut avoir pour objet de le faire rentrer dans sa détention et jouissance avec dommages-intérêts, et ici il importe de remarquer que dans cette action, comme dans toutes les actions revendicatoires, il sera tenu compte de la bonne ou de la mauvaise foi du défendeur.

Tout demandeur qui intente l'action confessoire doit prouver l'existence de la servitude; il importe peu qu'il possède ou qu'il ne possède pas, car au pétitoire il ne s'agit pas du fait, il s'agit du droit de posséder. La possession ne dispense donc pas le demandeur au pétitoire de prouver l'existence de la servitude. Toutefois, cette preuve du droit lui est facilitée par l'action publicienne qui a été étendue analogiquement à la revendication de la servitude (L. 11, § 1, D. VI, 2. — L. 1, § 2, D. VIII, 3). — En matière de servitudes réelles, le demandeur doit prouver en outre qu'il est propriétaire du fonds dominant. Toutefois dans cette preuve aussi le préteur le protège s'il prouve qu'il est possesseur de bonne foi.

136. L'action qu'on appelle négatoire n'est rien qu'une revendication partielle de la propriété; en effet par cette action le propriétaire, et *utiliter* l'emphytéote, le superficiaire, le créancier gagiste, repoussent tout fait par lequel on prétendrait s'approprier un des éléments, une des prérogatives de la propriété, soit en exerçant un des droits de disposition qui sont renfermés dans la propriété, soit en empêchant le propriétaire d'exercer l'un ou l'autre de ces droits, soit aussi en étendant un droit de servitude légalement constitué, au-delà des limites qui y sont apposées par le titre (1). Il n'y a donc pas lieu à l'action négatoire contre celui qui possède la chose et qui s'en prétend exclusivement propriétaire. L'action que le propriétaire non possesseur dirigerait en ce cas contre le possesseur, serait la revendication.

D'un autre côté toute atteinte portée à la propriété, ne donne pas lieu non plus à l'action négatoire. Si l'atteinte est purement passagère, si elle ne révèle pas l'intention d'exercer un droit permanent sur la chose, il peut bien y avoir lieu, suivant les

(1) L. 9, L. 11, L. 13, L. 14, L. 17, D. VIII, 5.

occurences, soit à l'*actio injuriarum* s'il n'y a pas dommage corporel, soit à l'action *ex lege Aquilia* s'il y a dommage corporel, soit à l'interdit *quod vi aut clam* si l'on a fait quelques changements au sol; mais il n'y aura pas lieu à l'action négatoire. Celle-ci suppose nécessairement un fait qui révèle l'intention d'exercer un droit sur la chose d'autrui. Il n'est pas nécessaire cependant que ce fait soit précisément l'exercice d'un droit de servitude, car il y a lieu aussi à l'action négatoire si le communiste exerce sur la chose certains droits de disposition, par exemple s'il y fait des constructions comme s'il était seul et unique propriétaire (1). Il se pourrait cependant que sur le fonds commun se trouvât une œuvre qui fût de nature à révéler l'intention d'exercer une servitude; car bien qu'une servitude ne puisse s'établir ni au profit d'une chose commune, ni à la charge d'une chose commune, parce qu'elle ne s'acquiert pas par parties indivises, elle peut cependant se conserver par partie, précisément pour ce même motif. Dans ce cas il y aurait naturellement lieu aussi à l'action négatoire, si l'autre communiste croyait ne pas devoir supporter la servitude (L. 14, § 1, D. VIII, 5).

Ainsi cette action se donne directement contre quiconque par son fait prétend exercer un droit sur la chose d'autrui, ou quiconque prétend exercer ce droit par une œuvre ou un état de choses qui indique cette intention. Il importe peu d'ailleurs que le fait ait été posé par la personne même qui prétend exercer un droit sur notre propriété, ou qu'il l'ait été par un tiers qui la représente; toutefois le représentant peut se dégager de l'instance en nommant le représenté, comme dans la revendication (L. 8, § 5, D. VIII, 5).

Il importe peu aussi, pour que l'action négatoire puisse être intentée, que celui qui trouble le propriétaire dans ses droits de propriété ait déjà acquis la quasi-possession du droit qu'il prétend avoir et puisse se défendre par les actions possessoires, ou qu'il ne l'ait pas acquise. Pour se maintenir dans la possession d'un chemin, par l'interdit *de itinere actuque privato* (D. XLIII, 19), il faut avoir exercé trente fois le passage pendant la dernière année;

(1) L. 27, § 1, D. VIII, 2; — L. 11, D. VIII, 5.

et cependant il suffirait d'avoir passé moins longtemps et moins souvent par le fonds d'autrui avec l'intention d'exercer un droit, pour que l'action négatoire fût fondée. Pareillement, lorsque la servitude consiste dans une œuvre avancée sur le fonds voisin, il n'est pas nécessaire que cette œuvre soit achevée; il suffit qu'elle soit commencée pour que l'action puisse être intentée. Ainsi, que celui qui intente l'action négatoire ait encore la *possessio libertatis*, ou qu'il ne l'ait plus, il n'en pourra pas moins se constituer demandeur par cette action, par cette revendication partielle, tandis que la revendication proprement dite requiert que le demandeur ne soit plus possesseur (1).

Si le demandeur triomphe dans son action, le défendeur devra :

1° Payer des dommages-intérêts (2).

2° Il devra restituer les lieux, sauf le cas où il aurait fait l'ouvrage de bonne foi, au su du demandeur, et sans opposition de celui-ci (n° 117).

3° Il pourra être condamné à donner caution *de non amplius turbando* (3).

4° Enfin et pour le cas où le défendeur a fait défaut, le demandeur s'il ne s'est pas trouvé *in possessione libertatis*, sera constitué en cette possession, et le défendeur devra donner la caution susmentionnée; d'où il suit que le défendeur ne pourra plus faire prévaloir son droit qu'en intentant l'action confessoire (4).

137. A quelles conditions le demandeur triomphera-t-il dans son action? Il faut qu'il prouve d'abord qu'il est propriétaire ou du moins qu'il a acquis la chose en vertu d'un juste titre, et qu'il soit en condition d'usucaper, car l'action publicienne a été étendue à ce cas. Mais en faisant cette preuve, le demandeur a-t-il tout prouvé, et laisse-t-il au défendeur le devoir de prouver que la propriété du demandeur a été grevée à son profit, ou bien le demandeur, outre la preuve de la propriété, doit-il établir que cette propriété est libre, qu'elle n'est pas grevée au profit du défendeur?

(1) V. § 2, Inst. IV, 6; — L. 5, § 7, D. VII, 6. — Donellus, IX, c. 6.
(2) L. 4, § 2, et L. 6, § 6, D. VIII, 5.
(3) L. 5 et L. 12, D. VIII, 5.
(4) L. 15, D. XXXIX, 1; — L. 4 et L. 5, D. XXXIX, 2.

Trois opinions ont été émises sur cette question. Quelques auteurs ont dit que le demandeur n'a rien à prouver que la propriété (1) D'autres ont soutenu que dans tous les cas il doit prouver et la propriété et la liberté de son fonds (2). D'autres enfin ont pris un parti mitoyen, ils ont distingué. Si le défendeur n'est pas en quasi-possession de la servitude, le demandeur n'aura rien à prouver que la propriété. Si le défendeur est dans la quasi-possession, le demandeur devra en outre prouver que le fonds est libre de tout droit (3).

Nous croyons que la première opinion est la seule fondée, comme nous tâcherons de le prouver en rencontrant les objections des adversaires. Et d'abord nous dirons que le demandeur qui intente l'action négatoire, appelée aussi *vindicatio libertatis*, par cela seul qu'il prouve la propriété, prouve aussi, du moins jusqu'à preuve du contraire, que cette propriété est libre. En effet qu'est-ce que prouver la propriété? n'est-ce pas prouver qu'on a le droit le plus absolu sur la chose, qu'on a tous les droits de disposition, qu'on peut exclure les tiers de tout droit d'en disposer. La preuve de la propriété implique donc celle de la liberté, car la propriété n'est rien que la liberté du propriétaire à l'égard de la chose; donc celui qui prétend que la chose n'est pas libre, ou bien que la liberté du propriétaire est restreinte, doit en fournir la preuve.

Cet argument puisé dans la notion de la propriété même, est demeuré sans réplique de la part de ceux qui dans tous les cas veulent que le demandeur prouve et la propriété et la liberté; il faut y joindre l'extrême difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité qu'il y aurait pour le demandeur, de prouver une négation, de prouver que la chose n'a pas été grevée.

Toutefois, ceux qui n'exigent la preuve de la liberté qu'au cas

(1) *Sic :* Muhlenbruch, *Doct. Pand.*, § 296; — Hollweg, *Versuch über die Theorie des Civilproz.*, p. 374; — Vangerow; Zachariae; Hoffman; de Loehr, etc.

(2) Schweppe, *Handbuch*, II, § 314.

(3) Weber, Thibaut, Seuffert, Gluck sont de cette dernière opinion; Gluck se sépare cependant des trois autres, en ce qu'il requiert que la quasi-possession du défendeur, pour rejeter sur le demandeur la preuve de la liberté, soit confirmée par un jugement au possessoire.

où le demandeur ne se trouve pas *in possessione libertatis,* au cas par conséquent où le défendeur se trouve *in possessione servitutis,* ont fait une objection. Toute possession, ont-ils dit, consacre un état de choses qui ne peut être renversé que par la preuve que le droit n'existe pas; donc lorsque le défendeur se trouve *in possessione servitutis,* le demandeur doit prouver que cette possession est contraire au droit, il doit prouver que le fonds est libre.

La réponse à cette objection est facile. Devant celui qui se trouve en possession de toute la chose, le demandeur n'a rien à prouver que la propriété. Pourquoi donc devrait-il prouver davantage lorsqu'il se trouve en face d'un adversaire qui n'est pas en possession de toute la chose, mais en possession seulement d'un des éléments dont se compose la propriété. Si la possession totale s'efface devant la preuve de la propriété, comment une possession qui n'est que partielle, pourrait-elle encore résister à cette preuve?

On répond qu'on ne peut argumenter de la revendication, qu'il n'y a pas d'analogie entre la possession de la chose même, et la possession de la servitude. Dans la revendication, dit-on, la preuve de la propriété a vis-à-vis du défendeur une conséquence que cette preuve ne saurait avoir dans l'action négatoire, vis-à-vis d'un défendeur qui prétend avoir un droit de servitude.

En effet, s'il est vrai qu'en matière de revendication la preuve de la propriété fournie par le demandeur, exclut pour le défendeur jusqu'à la possibilité d'un pareil droit, l'un et l'autre ne pouvant être propriétaires d'une seule et même chose *in solidum,* pareille impossibilité, en ce qui concerne le droit de servitude, ne résulte nullement de la preuve de la propriété fournie par un demandeur qui intente l'action négatoire. Le demandeur peut être propriétaire, et cependant le défendeur peut avoir un droit de servitude; ce sont là deux choses qui sont loin de s'exclure l'une l'autre; par conséquent la présomption résultant de la possession reste intacte au défendeur.

Gardons-nous de prendre la conclusion pour plus qu'elle ne vaut. *Quoique le demandeur ait le droit de propriété, le défendeur peut avoir le droit de servitude,* dit-on; nous l'accordons. Mais en résulte-t-il que ce qui était possible à un point de vue général,

existe en réalité? en résulte-t-il que le défendeur ait réellement le droit dont il se prévaut? Non; donc celui qui intente l'action n'a pas besoin de prouver l'impossibilité de la servitude; en prouvant la propriété, il prouve que la chose est libre jusqu'à preuve du contraire. Toute possession, la possession partielle comme la possession totale de la chose, disparaît devant le droit de propriété, à moins que le défendeur ne prouve que ce droit lui-même est limité dans la mesure de la possession qu'il exerce.

La question que nous venons de résoudre par le raisonnement, n'est résolue directement par aucun texte. Cependant la L. 10, D. XLV, 24, fournit un argument par analogie. Lorsque, dit cette loi, le propriétaire a intenté la revendication, le créancier qui détient la chose et qui veut la retenir à titre de gage, doit prouver l'existence de ce droit. On peut encore comparer les L. 5, D. VII, 6, — L. 2, § 10, D. VIII, 5, — L. 60, § 1, D. VIII, 1, qui touchent indirectement à la question, mais dont aucune cependant ne fournit des arguments décisifs.

138. Les auteurs qui requièrent outre la preuve de la propriéte, celle de la liberté du fonds, au cas où le défendeur se trouverait *in possessione servitutis*, ont argumenté de différents textes du Digeste dont l'analyse complétera pour nous l'examen de cette question. Ils se sont prévalus d'abord de la L. 8, D. XXII, 3, d'après laquelle le fils qui prétend être libre de la puissance paternelle, qui prétend avoir été émancipé, doit prouver ce fait. Mais pour répondre à cet argument il suffit de remarquer que l'état primitif et originaire du fils, c'est d'être sous puissance; donc rien de plus juste, de plus logique que d'imposer au fils l'obligation de prouver que cet état est venu à cesser, qu'il a été émancipé. Il en est autrement du propriétaire. Pour lui l'état originaire, c'est l'absolue liberté à l'égard de la chose, en d'autres termes, c'est la liberté de la chose même, qui soumise à la volonté du propriétaire, est identifiée avec elle, la servitude n'est rien qu'une dérogation à la liberté. Celui donc qui prétend que cette dérogation existe, doit en administrer la preuve; car celui qui prouve la propriété, prouve par cela même, jusqu'à preuve du contraire, que la propriété est libre; qui dit propriété, dit liberté. Il n'y a donc pas

lieu de décider par analogie de la L. 8, D. XXII, 3; il y a lieu plutôt de procéder par la raison des contraires.

On s'est prévalu des L. 14, D. XXII, 3, et L. 7, § 5, D. XL, 12. De la position de l'homme qui a sa possession d'état, qui se trouve en possession de sa liberté, et qui par ce motif n'a rien à prouver, on a encore conclu que le propriétaire du fonds n'a rien à prouver s'il se trouve *in possessione libertatis;* donc, a-t-on dit ultérieurement, par argument *a contrario,* s'il ne se trouve pas *in possessione libertatis* la preuve de la liberté lui incombera.

Si l'on concluait des lois citées que le propriétaire, celui qui prétend avoir la liberté absolue de disposer de la chose, a besoin de prouver son droit lorsqu'il ne possède pas la chose, cette conséquence serait exacte : la liberté de la personne c'est la propriété sur soi-même, de même que la propriété sur une chose est la liberté de la personne par rapport à cette chose; il y a entre ces deux droits parfaite analogie. Mais, encore une fois, la servitude est une dérogation à la propriété; dès lors si la propriété est prouvée, il faut nécessairement que la servitude le soit; la preuve de la possession serait irrelevante, car la possession n'infirme pas le droit; mais le droit général étant établi, il faut que l'on prouve qu'il y a été dérogé par le droit exceptionnel.

On a argumenté de la L. 8, § 3, D. VIII, 5, relative à la *servitus tigni immittendi.* Ulpien y décide que si les poutres se trouvent placées dans le mur du voisin, celui qui prétend avoir la servitude est possesseur; si elles n'y sont pas placées, le voisin qui dit que son fonds est libre, est le possesseur. — On rapporte ce fragment à la preuve et on dit : si les poutres sont placées, celui qui prétend avoir la servitude, puisqu'il est possesseur, n'a besoin de rien prouver; donc le voisin, en ce cas, doit prouver la liberté.

Mais c'est bien à tort qu'on rapporte ce fragment à la preuve : la question est de savoir laquelle des deux parties, triomphant au possessoire, n'aura pas besoin de se pourvoir au pétitoire, et laquelle pour ne pouvoir triompher au possessoire, aura à recourir au pétitoire. En effet si les poutres sont placées dans le mur de la propriété voisine, le propriétaire des poutres, sans devoir recourir au pétitoire, a l'interdit *uti possidetis* pour empêcher le

voisin de rien changer à cet état de choses. Si donc celui-ci veut faire cesser la servitude, il doit agir au pétitoire par l'action négatoire; dès lors il devient demandeur (*petitor*), et le propriétaire des poutres reste défendeur (*possessor*). Si au contraire les poutres ne sont pas placées dans le mur du voisin, celui-ci est possesseur; il pourra par l'interdit *uti possidetis* empêcher qu'elles ne le soient; il n'aura pas besoin de recourir au pétitoire, de prouver sa propriété comme au cas précédent. Il s'ensuivra que celui qui prétend exercer la servitude doit se pourvoir au pétitoire par l'action confessoire et prouver le droit de servitude. Ce texte ne dit donc aucunement ce que le demandeur qui intente l'action négatoire doit prouver; il s'occupe seulement de la question de savoir quand on est obligé d'intenter au pétitoire, soit l'action *confessoria,* soit l'action *negatoria servitutis.*

On a argumenté enfin de la L. 15, D. XXXIX, 1, qui parlant du devoir du juge contre le défaillant dans les actions confessoires et négatoires, prévoit ces deux cas :

Je revendique contre Caius un droit de servitude; j'intente l'action confessoire, prétendant que le fonds de Caius me doit la servitude *non altius tollendi;* Caius fait défaut : le juge, dit le texte, devra condamner le défaillant à fournir caution de ne pas élever son édifice avant qu'il ait agi au pétitoire par l'*actio negatoria* et que là il ait prouvé qu'il a le droit *altius tollendi.* — Mais comment Caius, intentant l'action négatoire, prouvera-t-il que son fonds est libre? — La loi ne le dit point; il le prouvera par conséquent en établissant son droit de propriété. Que résulte-t-il donc de cette première partie de la L. 15? Que Caius qui était en possession de liberté, est déchu de cet avantage par son défaut; que par conséquent il doit intenter l'action négatoire, tandis que, s'il s'était défendu, son adversaire aurait dû prouver la servitude.

Seconde hypothèse prévue par la L. 15 : Caius revendique contre moi la liberté de son fonds; il intente l'action négatoire, disant que sa maison est libre, qu'elle n'est pas grevée au profit de la mienne de la servitude *non altius tollendi* (*jus sibi esse invito adversario altius tollere*); je fais défaut : le juge me condamnera à promettre sous caution, que je ne troublerai pas la bâtisse que

Caius entreprend de faire, jusqu'à ce que, ayant intenté l'action confessoire, j'aie prouvé que j'ai à la charge de Caius la servitude *non altius tollendi.*

Ici c'est Caius qui, à raison de ma contumace, est constitué en possession de la servitude et dispensé de prouver sa propriété, de prouver par cela même que son fonds est libre jusqu'à preuve du contraire, tandis que je dois prouver que la servitude existe. — Cette loi ne statue donc pas sur la manière dont le demandeur par action négatoire ou confessoire doit établir le fondement de sa demande; mais à raison de la contumace de l'une ou l'autre des parties, elle accorde la quasi-possession à la partie qui n'a point fait défaut; ce qui force le défaillant qui a été possesseur, de recourir à l'action pétitoire et de prouver son droit, lui qui aurait pu attendre que la preuve du droit fût fournie par l'adversaire.

Telles sont les objections qu'on a proposées contre la doctrine que nous avons défendue, et que nous croyons la seule véritable.

139. En droit moderne les mêmes théories se sont produites, et l'opinion de ceux qui ont imposé au demandeur, outre la preuve de la propriété celle de la liberté de son fonds, au cas où le défendeur était en possession, l'a assez longtemps disputé à l'opinion que nous soutenons, et cela par les arguments puisés en grande partie dans les textes du droit romain auxquels nous venons de répondre. Cependant la doctrine et la jurisprudence tendent à dispenser le demandeur de cette preuve. Heineccius déjà (*Elem. jur.*, § 1137), tout en enseignant l'opinion que nous rejettons, reconnaissait que la pratique allemande était contraire à sa doctrine, et en France Dumoulin enseignait (*Cout. de Paris,* § 2, gl. 6, n° 4) que la possession en matière de servitudes ne dispense pas de prouver le fonds du droit : *Possessio non relevat ab onere probandi in servitute reali.* Et cette opinion est adoptée par Merlin (*Quest.*, v° *Servit.*, § 6), Toullier (III, 714), Zachariæ, § 219, Belime, § 492, et a prévalu devant les cours de France et de Belgique (1).

Les auteurs qui ont soutenu l'opinion contraire, sont Duranton

(1) Arrêt de Grenoble du 14 juillet 1832. — Sirey, 1833, 2-11. — Arrêts de Bruxelles du 28 janvier 1825 et 23 mai 1840; et de Liége du 9 août 1842.

(V, n° 641) et Pardessus (*Serv.*, n° 334). Outre les arguments que nous avons déjà discutés, ces auteurs ont dit : Si celui qui est *in possessione servitutis,* celui qui a été maintenu en cette possession par jugement rendu au possessoire, doit en outre prouver son droit de servitude, la possession maintenue ne lui est d'aucune utilité. — Mais c'est là une erreur, car en matière de servitude comme en matière de propriété, la possession donne au possesseur le droit de jouir légitimement de la chose, jusqu'à ce qu'un autre ait démontré son droit; le possesseur de la servitude est donc protégé dans l'usage qu'il en fait, sans qu'il ait besoin de recourir aux actions pétitoires et aux longues procédures que souvent elles entraînent et l'on ne peut dire que sa maintenue soit sans utilité. Tel est aussi l'effet que les L. 8, § 3, D. VIII, 5, et L. 15, D. XXXIX, 1, attachent à la possession; mais de là à admettre que le demandeur qui intente l'action négatoire doit fournir la preuve de la liberté de son fonds, il y a un intervalle immense, que rien ne nous autorise à franchir et que l'on ne saurait franchir sans aboutir à l'absurde. Car, encore une fois et pour nous résumer :

1° Imposer au demandeur qui a prouvé sa propriété l'obligation de prouver la liberté de son fonds, c'est lui imposer l'impossible; car comment peut-il prouver que tel n'a pas acquis la servitude par testament, par stipulation, par prescription.

2° Il résulte de l'analyse de la notion fondamentale de la propriété même, que celui qui établit son droit de propriété prouve par cela même que son fonds est libre, au moins jusqu'à preuve du contraire. Or la possession ne fournit tout au plus qu'une présomption ou, pour mieux dire, une apparence du droit, qui s'efface devant la preuve de la propriété, c'est-à-dire, du droit absolu sur la chose, droit absolu auquel se rapporte la servitude comme l'exception à la règle. La règle établie, il faut que l'exception le soit rigoureusement.

140. Les actions possessoires sont pour les servitudes personnelles les interdits *uti possidetis, utrubi* et *unde vi.* C'est à titre de *quasi possessores* ou de *juris possessores* que l'usufruitier, l'usager, l'*habitator* ont ces actions; car la *corporis possessio,* ils ne l'exercent qu'au nom d'autrui. Toutefois, comme ils détiennent toute la

chose, comme ils en disposent physiquement, on conçoit qu'en matière de servitudes personnelles, il puisse y avoir *dejectio* tout aussi bien que simple trouble possessoire; c'est pourquoi il y a lieu aussi en ces matières, tant à l'interdit *recuperandae,* qu'à l'interdit *retinendae possessionis.*

141. Il en est autrement en matière de servitudes prédiales; celles-ci n'embrassent pas la disposition physique de toute la chose, elles n'exigent pas la détention de la chose, elles ne consistent que dans un des droits de disposition attachés à la propriété, ou bien seulement dans la faculté d'empêcher que le propriétaire n'exerce tel ou tel droit de disposition. Il ne saurait donc être question ici d'une *dejectio,* ni par conséquent y avoir lieu à l'interdit *unde vi;* si la servitude est une *S. habendi,* si elle consiste dans une œuvre, la destruction de l'œuvre donnerait lieu à l'interdit *quod vi aut clam.* — L'interdit *unde vi* se trouve donc écarté de prime abord par la nature même des choses.

Mais peut-on intenter l'interdit *uti possidetis* pour se maintenir dans l'exercice d'une servitude prédiale, quelle qu'elle soit, et sans distinction aucune?

On avait pensé que là où le préteur n'a pas introduit des interdits spéciaux, l'interdit *uti possidetis* était généralement applicable. M. de Savigny a distingué entre les servitudes urbaines et rurales, et pour les premières il a admis l'application de l'interdit *uti possidetis.* Mais cette opinion ne peut être admise qu'avec une restriction. Elle est vraie en tant qu'il s'agit des servitudes *habendi,* des servitudes qui étendent en quelque sorte notre propriété sur celle d'autrui par l'œuvre même que nous y avons avancée. Pour ces servitudes on admet avec raison que l'interdit *uti possidetis* peut être intenté par celui qui se trouve inquiété dans sa possession; mais l'interdit *uti possidetis* ne s'applique pas aux servitudes négatives. Si un propriétaire fait une œuvre contraire à la servitude négative dont son fonds est grevé, il n'y a lieu qu'à l'*operis novi nunciatio,* à l'interdit *quod vi, aut clam,* et à l'action confessoire. Il faut encore remarquer que dans les servitudes urbaines qui consistent dans une œuvre, *S. habendi,* il n'y a lieu à l'interdit *uti possidetis* que tant que l'œuvre n'est pas encore

détruite. Si avant qu'on ait eu recours à cet interdit l'œuvre a été enlevée, il n'y aura lieu qu'à l'interdit *quod vi, aut clam,* et à l'action confessoire.

142. Quant aux servitudes rurales, elles n'ont été reconnues et protégées que plus tard par des interdits spéciaux, qui sont réglés par des principes conformes à la nature de chaque servitude. Ces interdits ont cela de commun, que la possession des servitudes rurales ne pouvant avoir rien de continu, on a exigé un certain laps de temps pendant lequel les actes de possession fugitifs par leur nature, ont dû être posés. Ainsi pour protéger la possession de la servitude de chemin, le préteur a exigé que la servitude ait été exercée au moins trente jours pendant la dernière année *nec vi, nec clam, nec precario,* et sur ce fondement il a accordé l'interdit *de itinere actuque privato* (D. XLIII, 19). Celui qui intente cet interdit peut se prévaloir de la possession de son auteur (L. 3, § 5, D. XLIII, 19); mais le passage doit avoir été exercé avec l'intention d'user d'un droit (L. 7, L. 1, §§ 9 et 10, D. XLIII, 19). Dès que l'adversaire se prévaut des exceptions *vi, clam, precario,* et qu'il fournit la preuve, l'action ne saurait être admise. Toutefois, il suffit que le demandeur ait usé de la servitude pendant trente jours dans l'année d'une manière non vicieuse, pour qu'il soit fondé, eût-il après cela exercé le droit d'une manière vicieuse (L. 1, § 12, D. XLIII, 29).

L'interdit *de itinere actuque privato reficiendo* est en quelque sorte le complément du premier; mais à proprement parler, il est un interdit pétitoire, puisque le demandeur doit prouver l'existence de la servitude et en outre donner caution pour le dommage éventuel que pourraient causer les travaux qu'il entreprend (L. 2, § 2, D. XLIII, 19). Pour intenter cet interdit la L. 3, § 13, D. *eod.*, requiert formellement deux conditions : 1° qu'on prouve qu'on a le droit de servitude, 2° qu'on prouve l'exercice pendant trente jours dans l'année; car la réparation est la conséquence du passage. Pourquoi dans cet interdit le demandeur doit-il prouver la propriété avec la possession? Ulpien à la L. 2, § 2, D. XLIII, 1, en donne cette raison que la réparation du chemin exige un changement dans l'état des lieux et l'exécution de travaux sur le fonds

d'autrui, et que ces travaux sont beaucoup plus importants que le simple droit de passage. La possession discontinue, à laquelle le droit moderne n'attache aucun effet, n'a donc pas non plus des effets pleins et entiers en droit romain. C'est ce que prouve l'interdit *de via reficienda.*

L'interdit *de aqua quotidiana et aestiva ducenda* exige que le demandeur ait conduit l'eau de bonne foi, *nec vi, nec clam, nec precario,* pendant la dernière année s'il s'agit de l'*aqua quotidiana,* et pendant dix-huit mois s'il s'agit d'une *aqua aestiva,* si l'eau ne devait être prise que pendant la saison d'été.

L'interdit *de rivis* est le complément du précédent; il tend à autoriser le demandeur à réparer et recurer les conduites d'eau, il exige les mêmes conditions. La preuve du droit de servitude n'est pas nécessaire, comme dans l'interdit *de itinere reficiendo,* mais la *cautio damni infecti* est également exigée (L. 1, § 9; L. 4, D. XLIII, 21).

L'interdit *de fonte* tend à maintenir dans le droit de puiser de l'eau, celui qui a exercé ce droit pendant la dernière année, *nec vi, nec clam, nec precario* (D. XLIII, 22).

L'interdit *cloacae* tend à autoriser le demander à réparer et recurer un égout dans l'intérêt de la salubrité publique. On ne pourrait opposer au demandeur l'exception tirée du vice de sa possession. C'est le seul interdit spécial donné pour une servitude urbaine.

143. La possession des servitudes rurales qui ne sont pas munies d'un des interdits spéciaux dont nous venons de traiter, est-elle protégée par l'interdit *uti possidetis* ou bien ces servitudes manquent-elles de toute protection au possessoire?

Suivant l'opinion qui fut communément reçue avant M. de Savigny, l'interdit *uti possidetis,* aurait été applicable à la quasi-possession de toutes les servitudes, quelles qu'elles fussent, autres que les servitudes rurales munies d'un interdit spécial. Cette opinion que l'on fondait sur la L. 20, D. VIII, 1, a été réfutée par M. de Savigny; en effet, la L. 20 dit seulement que par suite de ce qu'on a admis une quasi-possession en matière de servitude, des interdits possessoires ont été introduits : *Ideoque interdicta*

veluti possessoria constituta sunt. Ces derniers mots se rapportent bien plus à l'introduction des interdits spéciaux, qu'à l'extension de l'interdit *uti possidetis* à toutes les autres servitudes. M. de Savigny a donc prétendu que l'interdit *uti possidetis* ne s'appliquait qu'aux servitudes urbaines et que les servitudes rurales non protégées par un interdit spécial n'étaient pas susceptibles de donner lieu à une instance au possessoire.

D'autres jurisconsultes, Wiederhold et Vangerow, sont allés plus loin; ils n'admettent l'application de l'interdit *uti possidetis* ni aux servitudes rurales non munies d'un interdit spécial, ni aux servitudes urbaines quelles qu'elles soient. Ils disent d'abord qu'en matière de servitude la possession n'est d'aucune importance, puisque en cas de contestation le possesseur de la servitude ne doit pas moins établir son droit. Mais que le possesseur de la servitude doive en cas de contestation établir son droit, attendu que la liberté du fonds n'a pas besoin d'être établie par une preuve spéciale, cela est vrai; de là il ne suit cependant pas que la possession de la servitude ne soit d'aucune importance, car le possesseur ne doit établir son droit que lorsque l'adversaire a prouvé la propriété. Par conséquent, aussi longtemps que ce dernier n'a pas établi sa propriété, le possesseur de la servitude jouit des avantages de la possession, et peut s'y maintenir lorsque cette possession consiste dans une œuvre, en d'autres termes, lorsqu'elle est apparente et continue. Donc la possession est utile, et l'interdit *uti possidetis* trouve ici son application (L. 8, § 3, D. VIII, 5; L. 5, D. XXXIX, 1).

Ils disent ainsi : si l'interdit *uti possidetis* s'étendait à toutes les servitudes réelles qui ne sont pas munies d'interdits spéciaux, il en résulterait une certaine anomalie, en ce que pour les servitudes rurales les plus anciennes et les plus importantes, les servitudes de chemin, les servitudes d'aqueduc, il faudrait une possession annale, tandis que pour les autres le simple exercice momentané serait muni de l'action possessoire. A cette objection nous répondons d'abord que dans les servitudes urbaines auxquelles s'applique l'interdit *uti possidetis,* l'exercice consiste dans une œuvre, et non dans un acte passager et momentané. Et quant

aux servitudes rurales non munies d'un interdit spécial, nous n'admettons pas l'application de l'interdit *uti possidetis,* mais nous admettons l'application analogique des interdits spéciaux; d'où il suit que pour être maintenu dans une servitude rurale discontinue par sa nature, il faut la continuité du temps, l'exercice au moins pendant trente jours *nec vi, nec clam, nec precario* (1).

On a argumenté encore de deux textes du Digeste, les L. 5, § 3, D. XLIII, 7, et la L. 3, § 5, D. XXXIX, 1. Quant à la L. 3, § 5, nous dirons avec Muhlenbruch qu'il en résulte dans l'espèce de cette loi, que celui qui est en possession de la servitude n'a pas l'interdit contre le propriétaire du fonds prétendument grevé, et que celui-ci réciproquement n'a pas l'interdit contre l'adversaire pour obtenir la destruction de l'œuvre; car dans l'espèce de cette loi, où il s'agit d'une *projectio,* d'une œuvre commencée sur le sol d'autrui, le propriétaire de l'œuvre la possède avec l'édifice, et l'autre possède le sol. L'interdit *uti possidetis* est donc inutile à l'un vis-à-vis de l'autre, d'après la loi; mais elle ne dit pas que l'interdit serait inutile si l'un ou l'autre était troublé dans sa possession par un tiers.

Enfin de ce que la L. 5, § 10, D. XXXIX, 1, porte que si j'entreprends sur mon fonds une chose qui soit de nature à nuire au voisin, celui-ci devra recourir à l'*operis novi nunciatio,* il ne suit pas que l'interdit *uti possidetis* ne puisse être intenté quand il s'agit de servitude urbaine. S'il résultait de cette loi que la nouvelle œuvre portât atteinte à un droit de servitude continue que le voisin aurait sur mon fonds, par exemple si elle tendait à détruire l'œuvre qu'il y aurait avancée, la conséquence serait juste; mais en faisant une œuvre sur mon fonds je puis nuire au voisin, lors même que le voisin n'a aucune servitude; tel sera même le cas le plus ordinaire. C'est pour ce motif que la L. 5 dit qu'il y a lieu à l'*operis novi nunciatio,* en vertu de laquelle l'œuvre doit être suspendue jusqu'à ce qu'il ait été décidé sur mon droit, à la poursuite et diligence du dénonçant.

Rien ne prouve donc que l'interdit *uti possidetis* ne s'étend pas

(1) Comparez Rechter, § 139; — Hoffmann, § 134.

aux servitudes urbaines qui consistent dans une œuvre. Au contraire cette extension doit être admise parce que si on possède la servitude avec le fonds dominant, l'on possède l'œuvre avec le fonds (L. 8, § 5, D. VIII, 5).

144. Donc, résumant les explications qui précèdent, nous dirons :

1° Les servitudes personnelles sont protégées au possessoire par les interdits *uti possidetis, utrubi* et *unde vi.*

2° Les servitudes prédiales ne peuvent être protégées par l'interdit *unde vi,* parce que là la *dejectio* ne se comprend pas; mais l'interdit *uti possidetis* s'étend à celles des servitudes urbaines qui sont des servitudes *habendi,* qui consistent dans une œuvre avancée sur le fonds voisin. Quant aux servitudes rurales, celles de chemin, de conduite d'eau, de puisage, elles sont protégées à des conditions déterminées, par des interdits spéciaux, et la jurisprudence et la doctrine étendent aux mêmes conditions ces interdits à toutes les servitudes rurales, à toutes les autres servitudes discontinues.

145. Les actions possessoires peuvent être intentées contre quiconque empêche l'exercice de la servitude, soit contre le propriétaire ou possesseur du fonds asservi, soit contre les tiers, comme il arriverait par exemple si deux particuliers avaient le droit de conduite d'eau et se disputaient l'un à l'autre l'exercice de la servitude (1).

L'interdit en matière de servitude est nécessairement prohibitoire. Ce que nous avons dit de l'interdit *uti possidetis* par rapport à l'intention et aux dommages-intérêts, en traitant des actions possessoires en général, s'applique donc également ici. Il faut que le trouble ne soit pas un accident, il faut qu'il révèle l'intention d'empêcher l'exercice de la servitude.

Quant aux dommages-intérêts ils ne sont dûs qu'à partir du moment où l'interdit est intenté (2).

(1) L. 3, § 5, D. XLIII, 29; — L. 1, §§ 25 et 26, D. XLIII; 20; — L. 4, D. XLIII 17, etc.

(2) Comp. les L. 1, § 12, D. XLIII, 20; — L. 3, D. XLI, 3; — L. 1, § 40, D. XLIII, 16.

TABLE DES MATIÈRES.

LA POSSESSION ET LES ACTIONS POSSESSOIRES.

Définition et nature de la possession. 1
Des choses qui sont susceptibles d'être possédées 31
Des personnes capables de posséder 34
De l'acquisition de la possession, en général 58
De l'acquisition de la possession par un tiers 92
De la perte de la possession 101
Des actions possessoires, en général 114
De l'interdit *retinendae possessionis* 126
Des interdits *recuperandae possessionis* 140
La possession en droit français 155
Les actions possessoires en droit français 183

LA REVENDICATION ET L'ACTION PUBLICIENNE.

De la revendication 233
De l'action publicienne. 285

LES SERVITUDES.

Définition et division des servitudes, et principes généraux qui les régissent. . 291
De l'indivisibilité des servitudes 313
Des servitudes réelles en général 331
Des servitudes urbaines. 346
Des servitudes rurales 360
Des servitudes personnelles 368
De l'acquisition des servitudes. 415
De l'extinction des servitudes 442
Des actions relatives aux servitudes 492

FIN DE LA TABLE.